fremdbesitz
verwaltungsbesitz
amtsbesitz

bedeutung und einzelprobleme im besitzrecht des BGB

von Johann Bauer aus Augsburg

Erlangen
1963

1963 № 102

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41536505_0011

FREMDBESITZ
VERWALTUNGSBESITZ
AMTSBESITZ

Bedeutung und Einzelprobleme im Besitzrecht des BGB

Inaugural - Dissertation

der Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexander-Universität

zu Erlangen - Nürnberg

vorgelegt von

Johann Bauer

aus Augsburg

Approbiert am: 8. Juli 1963

Referent: Professor Dr. J. Herrmann
Dekan: Professor Dr. J. Herrmann

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis III
Abkürzungsverzeichnis IX

§ 1 Einleitung 1
§ 2 Terminologie und Definitionen 3
I. Der Besitzzweck als Kriterium besonderer Besitzarten 3
II. Der Amtsbesitz im besonderen 5

§ 3 Die Aufgabe des "animus domini" als Tatbestandsmerkmal des Besitzes nach dem BGB 8
§ 4 Besitzarten im Gegensatz zum Eigenbesitz des § 872 10
§ 5 Der mittelbare Besitz, eine Neuschöpfung des BGB 16
I. Dogmatische Gegensätze 16
II. Die "vergeistigte Sachherrschaft" 17
III. Die Unterordnung des Besitzmittlers unter den mittelbaren Besitzer 20
1) Die Anerkennung des mittelbaren Besitzers durch den Besitzmittler 23
2) Die Besitzrechtsableitung 24
IV. Der Inhalt des Fremd- bzw. des Eigenbesitzes 26
V. Der Fremdbesitz, kein Tatbestandsmerkmal des § 868 29
1) Die Besitzrechtsableitung des Eigenbesitzers 33
2) Die Anerkennung des mittelbaren Besitzers durch den Eigenbesitzer 35
§ 6 Der Besitzzweck, kein Kriterium der "Ähnlichkeit" im Sinne von § 868 38

§ 7 Die Besitzmittlungsverhältnisse der Amtsbesitzer 42

I. Das Besitzmittlungsverhältnis kraft Gesetzes 43

1) Die Besitzrechtsableitung bei den Besitzmittlungsverhältnissen der Amtsbesitzer 44

2) Die Notwendigkeit des subjektiven Tatbestandsmerkmals der "Anerkennung" des mittelbaren Besitzers auch für die Besitzmittlungsverhältnisse der Amtsbesitzer 46

II. Die besondere Problematik der Besitzmittlungsverhältnisse einzelner Amtsbesitzer 48

III. Die Besitzverhältnisse an den vom Gerichtsvollzieher weggenommenen Pfandsachen 51

1) Der Besitz des Gerichtsvollziehers 51

2) Das Besitzinteresse der Beteiligten 52

3) Kein mittelbarer Mitbesitz des Gläubigers und Schuldners 56

4) Kein Besitzmittlungsverhältnis zwischen Gerichtsvollzieher und Schuldner 58

5) Das Besitzmittlungsverhältnis zwischen Gerichtsvollzieher und Gläubiger 64

6) Keine Besitzvermittlung des Gläubigers an den Schuldner 71

§ 8 Die Vererbung des Verwaltungs- und Amtsbesitzes 78

I. Der Besitzbegriff des § 857 78

II. Die grundsätzliche Geltung des § 857 für den Amts- und Verwaltungsbesitz 80

III. Ausnahmen vom Grundsatz des § 857 84

§ 9 Schluß 98

Literaturverzeichnis

A u e r b a c h	Jakob, Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes, Leipzig 1905
B ä h r	O., Ein weiterer Beitrag zum bürgerlichen Gesetzbuch, ArchbürgR Bd. 2, S. 97
B a r t e l s	Ausführungen zur Besitzlehre des BGB, GruchBeitr. Bd. 42, S. 645
B a u m b a c h - L a u t e r b a c h	Kurzkommentar zur Zivilprozeßordnung, 27. Aufl., München und Berlin 1963
B a u r	Fritz, Lehrbuch des Sachenrechts, München und Berlin 1960
B e n d i x	Die Besitzlehre nach dem BGB unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung, "Das Recht" 4. Jahrgang 1900, S. 45
B i e r m a n n	Johannes, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Buch, Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin 1914
B i n d e r	Julius, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, Teil I, Leipzig 1901
B o e h m e r	Gustav, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch, 2. Abteilung, Tübingen 1952
B r o c k h o f f	Franz, Der Begriff des ähnlichen Verhältnisses in § 855 und § 868 BGB, Breslauer Diss. 1920
B r u n s	Viktor, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, Tübingen 1910
C r o m e	Carl, Juristische Natur der Miete nach dem BGB, Iherings DogmJahrb. Bd. 37, S. 63
C r o m e	Carl, System des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Band, Rechte an Sachen und an Rechten, Tübingen 1905

Dernburg	Heinrich, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens, 4, Auflg., Halle 1908
Eichler	Hermann, Institutionen des Sachenrechts, 2. Band, 1. Halbband, Eigentum und Besitz, Berlin 1957
Emmerich	Hugo, Pfandrechtskonkurrenzen, Berlin 1909
Endemann	F., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Band, 1. Abteilung Sachenrecht, 8. und 9. Aufl., Berlin 1905
Förtsch	Sind nach dem Recht des BGB die gesetzlichen Vertreter Besitzer der in ihren Händen befindlichen Sachen der von ihnen vertretenen Personen, GruchBeitr. Bd. 43, S. 545
Friebe	Günter, Ist zum Eigenbesitz der sogenannte animus domini erforderlich?, Breslauer Diss. 1905
Gierke	Otto, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht, Jena 1897
Heck	Phillipp, Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930
Heinrici	GruchBeitr. Bd. 49, S. 415, Besprechung von Riedingers Monographie "Der Besitz an gepfändeten Sachen"
Hellwig-Oertmann	System des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Teil, Zwangsvollstreckung bearbeitet von Paul Oertmann, Leipzig 1919
Hörle	Die Nachlaßpflegschaft nach §§ 1960, 1961 BGB, ZBlFG 9. Jahrgang, S. 751
Ihering	Rudolf von, Der Besitzwille, Jena 1889
Jaeckel-Güthe	Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, 5. Aufl., Berlin 1915
Jaeger	Ernst, Kommentar zur Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, 2. Bd., 8. Aufl. bearbeitet von Weber, Berlin 1959

K n i e p	Ferdinand, Das Recht des Besitzes nach dem BGB, Jena 1900
K r e ß	Hugo, Besitz und Recht, Nürnberg und Leipzig 1909
K r e t z s c h m a r	Ferdinand, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1906
K u n k e l	Wolfgang, Der Besitz im künftigen Recht, Jahrbuch der Akademie für deutsches Recht 1937, S. 32
L a n g e	Heinrich, Lehrbuch des Erbrechts, München und Berlin 1962
L a s t	Adolf, Fragen der Besitzlehre, Iherings DogmJahrb. Bd. 63, S. 71
L e o n h a r d	Franz, Vertretung beim Fahrniserwerb, Leipzig 1899
L ü k e	Gerhard, Der Inhalt des Pfändungspfandrechts, JZ 1955, S. 484
M a n i g k	Alfred, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften über die Rechtsgeschäfte, Breslau 1901
M a n i g k	Alfred, Die Voraussetzungen des Eigenbesitzes nach BGB, ArchBürgR Bd. 25, S. 316
M a r t e n s	Joachim, Eigenbesitz als wirtschaftliches Eigentum, NJW 1962, S. 1849
M e n g e l k o c h	Welche Beziehungen bestehen zwischen der Gültigkeit des Rechtsverhältnisses und dem Entstehen mittelbaren Besitzes nach § 868 BGB, Iherings DogmJahrb. Bd. 76, S. 53
M o t h e s	Rudolf, Die Beschlagnahme nach Wesen, Arten und Wirkungen, Leipziger Diss. 1903
M o t i v e	zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band III, Sachenrecht, Amtliche Ausgabe, 2. Aufl., Berlin 1896
M ü l l e r - E r z b a c h	Rudolf, Der Durchbruch des Interessenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien , Iherings DogmJahrb. Bd. 53, S. 331

Oertmann	Paul, Das Besitzrecht des Ehemannes am eingebrachten Gute der Frau, Iherings DogmJahrb. Bd. 44, S. 207
Palandt-Hoche	Kurzkommentar zum BGB, 22. Aufl. München und Berlin 1963, Sachenrecht bearbeitet von Ulrich Hoche
Planck-Brodmann	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., Berlin und Leipzig 1933, 3. Band, Sachenrecht bearbeitet von Brodmann und Strecker
Protokolle	der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band III, Sachenrecht, Band V, Erbrecht bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn, Berlin 1899
Przibilla	Zur Lehre vom mittelbaren Besitz, JW 1908, S. 395
Raiser	Ludwig, JZ 1951, S. 270, Anmerkung zu dem Urteil des OLG Düsseldorf aaO
Reichsgerichtsrätekommentar	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Band III, 1. Teil, Sachenrecht bearbeitet von Kregel, Berlin 1959, 11. Aufl.
Riedinger	Paul, Der Besitz an gepfändeten Sachen, Breslau 1903
Rötelmann	Wilhelm, MDR 1954, S. 6, Anmerkung zu dem Beschluß des BGH aaO, S. 95
Rohde	Studien im Besitzrecht, Abschnitte I - XXIII, Düsseldorf 1907
Rosenberg	Leo, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl, München und Berlin 1961

Rosenberg	Leo, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Band, Sachenrecht, München 1919
Savigny	Friedrich Carl von, Das Recht des Besitzes, 6. Aufl., Stuttgart 1837
Schmidt	Rudolf, Der Pfandbesitz, ArchZiv-Prax., Bd. 134, S. 1 und S. 129
Schwab	Karl-Heinz, Besprechung der 9. Aufl. des Lehrbuchs des Zivilprozeßrechts von Rosenberg ZZP, Bd. 73, S. 477
Siebert	Wolfgang, die besitzrechtlichen Grundlagen der dinglichen Wirkung der Traditionspapiere. ZHR Bd. 93, S. 1
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar 9. Aufl., Stuttgart 1960, Besitzrecht bearbeitet von Rothe
Sokolowski	Paul, Die Philosophie im Privatrecht, Bd. II, Der Besitz im klassischen Recht und dem deutschen bürgerlichen Gesetz, Halle 1907
Staudinger-Seufert	J.v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Band, Sachenrecht, 1. Teil, Besitzrecht erläutert von Günther Seufert, 11. Aufl., Berlin 1956
Staudinger-Spreng	Sachenrecht, 2. Teil, §§ 1204 bis 1296 BGB, bearbeitet von Karl Spreng, 11. Aufl., Berlin 1963
Stein	Friedrich, Grundfragen der Zwangsvollstreckung, Tübingen 1913
Stein-Jonas-Schönke-Pohle	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 2. Band, 17. Aufl., Tübingen 1956
Strohal	Emil, Zum Besitzrecht des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Iherings DogmJahrb. Bd. 29, S. 336
Strohal	Emil, Der Sachbesitz nach dem BGB, Iherings DogmJahrb., Bd. 38, S. 1
Voß	Condictio possessionis und Vollstreckungspfändung, ArchZivPrax., Bd. 66, S. 161

Voß	Die Besitzergreifung des Konkursverwalters ZZP Bd. 34, S. 193
Wendt	Otto, Der mittelbare Besitz des BGB ArchZivPrax., Bd. 87, S. 40
Westermann	Harry, Sachenrecht, Ein Lehrbuch, 4. Aufl., Karlsruhe 1960
Wieczorek	Bernhard, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze auf Grund der Rechtsprechung kommentiert, Bd. IV, Teil 1, Berlin 1958
Wilhelmi-Vogel	Zwangsversteigerungsgesetz, Kurzkommentar, 5. Aufl., München und Berlin 1959
Wolff	Martin, Das Recht zum Besitz, Berlin 1903
Wolff-Raiser	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, begründet von Enneccerus-Kipp-Wolff, Sachenrecht von Martin Wolff und Ludwig Raiser, 10. Aufl., Tübingen 1957
Zunft	Fritz, Der Vorbehaltskäufer - doppelter Besitzmittler?, JZ 1959, S. 279

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Orte
Abhdlg.	Abhandlung
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
a.E.	am Ende
ähnl.	ähnlich
ALR	Allgemeines Landrecht
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
ArchbürgR	Archiv für bürgerliches Recht
ArchZivPrax.	Archiv für die zivilistische Praxis
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bd.	Band
Bem.	Bemerkung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Diss.	Dissertation
etc.	et cetera
ff.	und folgende
gem.	gemäß
GruchBeitr.	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
GVGA	Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher vom 1. März 1954
h.M.	herrschende Meinung

HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Iherings DogmJahrb.	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
insbes.	insbesondere
i.S.	im Sinne
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KO	Konkursordnung
LM	Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindenmeier, Möhring u.a.
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
Prot.	Protokolle
RdL	Recht der Landwirtschaft
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
s.	siehe
sog.	sogenannter
StPO	Strafprozeßordnung
u.a.	und andere
u.E.	unseres Erachtens
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
Warn.	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts
z.B.	zum Beispiel
ZBlFG	Zentralblatt für freiwil Gerichtsbarkeit und Notariat
ZGB	Zivilgesetzbuch

ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZVG	Zwangsversteigerungsgesetz
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

§§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

§ 1 Einleitung

Die Terminologie der Besitzrechtslehre kennt eine Reihe von Kunstbezeichnungen, die nach der causa possessionis, nach dem Zweck des Besitzes und dem Willen des Besitzers besondere Besitzarten kennzeichnen. Gebräuchlich sind die Bezeichnungen Fremd-, Verwaltungs-, Amts-, Nutz-, Sicherungs-, Pfand-, Nießbrauchsbesitz und ähnliche. Ihre Entstehung ist nur teilweise in der Literatur nachweisbar. Vielfach dienen sie nur der sprachlichen Bequemlichkeit; so etwa, wenn man den Besitz des Pfandgläubigers kurz Pfandbesitz nennt.

Solange es bei dieser nur philologischen Bedeutung bleibt, ist gegen die Verwendung solcher Termini vom Standpunkt der Dogmatik her nichts einzuwenden.

Die Verwendung der Begriffe Fremd- und Verwaltungs- und Amtsbesitz in der Besitzrechtslehre geht jedoch über den Charakter nur terminologischer Sammelbezeichnungen längst hinaus, wie im Einzelnen nachzuweisen sein wird [1].

Diese Entwicklung ist deshalb bedenklich, weil damit die Leistung der Schöpfer des BGB, aus der Vielzahl der unterschiedlichen Innehabungen im römischen und gemeinen Recht einen einheitlichen Besitzbegriff geschaffen zu haben, durch die Lehre zerstört zu werden droht. Das Gesetz kennt nur einen qualifizierten Besitz, den Eigenbesitz des § 872. Die darüber hinausgehende Nomenklatur verwischt die Trennung des BGB-Besitzrechts vom Petitorium und führt den sonst aufgegebenen Besitzerwillen als Kriterium besonderer Besitzarten wieder ein.

Diese Erwägungen müssen dazu führen, das Besitzrecht und d - Besitzbegriff nicht zuletzt auch wegen seiner Eigenschaft

---

1) vgl. insbes. § 5 d. Abhdlg.; Heck § 9 "Gliederung des Besitzes nach Besitzfarben".

als Publizitätstatbestand von unnötigen Komplikationen freizuhalten und, soweit konstruktiv möglich, zum einheitlichen Besitzbegriff des BGB ohne Rücksicht auf die causa possessionis zurückzukehren.

Die vorliegende Arbeit versucht daher zu klären, welchen dogmatischen Gehalt die Begriffe Fremd-, Verwaltungs-, Amtsbesitz haben, welche Bedeutung ihnen in der Systematik des BGB zukommt, insbesondere, ob sie Tatbestandsmerkmale besitzrechtlicher Konstruktion des BGB-Besitzrechts sind, und schließlich, ob sie gemeinsame besitzrechtliche Ausnahmen oder Besonderheiten gegenüber einem "normalen" Besitzer aufweisen.

Soweit dabei der Nachweis gelingt, daß diesen Begriffen ein solcher Inhalt fehlt, daß sie also nichts anderes sind, als leere Beiwörter für denselben Besitz, sollte man im Interesse der Klarheit und Einheitlichkeit des Besitzbegriffs auf sie verzichten.

Bei der besitzrechtlichen Einordnung problematischer Einzelfälle des Fremd-, Verwaltungs- und Amtsbesitzes ist dann mit der Feststellung, daß es sich um eine solche Besitzart handelt, nichts gewonnen, weil der leere Terminus für eine Deduktion unbrauchbar ist. Hier soll versucht werden, mit der gesetzlichen Regelung auszukommen und diese Fälle in die allgemeine Systematik des BGB-Besitzrechts einzuordnen.

§ 2 Terminologie und Definitionen

I. Der Besitzzweck als Kriterium besonderer Besitzarten.

Wenn auch das Besitzrecht des BGB im wesentlichen germanischen Ursprungs ist, haben sich doch insbesondere in der Rechtslehre römisch-rechtliche Gedanken erhalten. Hierzu gehört die Unterscheidung besonderer Besitzarten nach dem Zweck, zu dem jemand besitzt.
Für den juristischen Besitz des römischen Rechts war der animus domini, der Wille, die Sache zu eigen zu haben, begriffsnotwendiges Unterscheidungsmerkmal zur bloßen Detention.
Die Ausnahmen, die in den Fällen des sogenannten abgeleiteten Besitzes [1] auch bestimmten Detentoren, etwa dem Pfandgläubiger und Sequester, trotz fehlenden animus domini eine besitzerähnliche Stellung einräumten, waren von der Interessenlage, vom Zweck des Besitzes bestimmt, je nach dem, ob die Rechtsordnung für bestimmte Besitzzwecke die Innehabung als schutzwürdig anerkannte, oder nicht. Das römische Recht hat für diese Ausnahmen, die zwischen possessio und Detention lagen, keine eigenen Begriffe geprägt, wohl schon deshalb, weil der abgeleitete Besitz auf wenige Fälle beschränkt blieb und der Dogmatik und der Konstruktion der römisch-rechtlichen possessio widersprach.
Die Notwendigkeit einer Systematisierung des abgeleiteten Besitzes, der Innehabung ohne animus domini, ergab sich jedoch, als in der Diskussion um das Besitzrecht des BGB zunächst (Entwurf I) noch auf der Grundlage des romanistischen Besitzbegriffs die rechtliche Stellung dieser Inhaber bestimmt werden mußte. Insbesondere Strohal hat eine solche Systematisierung unternommen [2].

---

1) Savigny § 23 ff, S. 321 ff
2) Strohal, Iherings Dogmjahrb. Bd. 29, S. 336 - "Zum Besitzrecht des Entwurfs eines BGB für das deutsche Reich".

Er unterteilt aaO [1] in selbständige Inhaber in Ausübung eigenen Rechts und Inhaber in fremdem Interesse. Zu der ersten Gruppe zählt er als Inhaber zu Vollrecht die Eigenbesitzer, ihnen stehen gegenüber die "Nutzbesitzer", z.B. Mieter, Pächter, Nießbraucher. Hier begegnet uns erstmals eine Sammelbezeichnung für selbständige Inhaber, die einen gemeinsamen Besitzzweck, die Nutzung des Besitzcorpus haben. Die Bezeichnung stammt von Bähr [2]. Zu der zweiten Gruppe der Inhaber in fremdem Interesse zählen nach Strohal hauptsächlich die Verwaltungsbesitzer, das sind "Inhaber in Ausübung eines willkürlich nicht entziehbaren Verwaltungsrechts", also z.B. der Verwahrer und diejenigen, die in Ausübung eines Verwalteramtes besitzen, z.B. Testamentsvollstrecker, Nachlaßverwalter, Gerichtsvollzieher, Konkursverwalter, Vormund und Pfleger. Diesen Verwaltungsbesitzern muß Strohal, ausgehend vom römisch-rechtlichen Besitzbegriff, durch eine positivrechtliche Hilfskonstruktion die Besitzerstellung verleihen, die ihnen wegen der Art ihres Besitzzwecks gebührt, die sie aber wegen des fehlenden animus domini nicht haben. Dies geschieht in § 3 des Strohal'schen Entwurfs [3]: "Wer fremden Besitz zwar zu fremdem Vorteil, aber in Ausübung eines willkürlich nicht entziehbaren Verwaltungsrechts verwaltet, heißt Verwaltungsbesitzer und wird in dieser Eigenschaft nach Maßgabe der §§ 4 ff [4] geschützt [5]".

Mit der Aufgabe des animus domini als Begriffsmerkmal des Besitzes durch den ins BGB übernommenen Entwurf II verliert die Kategorie der Verwaltungsbesitzer ihre grundsätzliche Bedeutung [6], die ihnen bei Strohal durch die Ausnahmestellung "Besitzer ohne animus domini" zukam.

---

1) S. 360
2) ArchBürgR Bd. 2, S. 118, § 7 seines Entwurfes
3) aaO S. 372
4) §§ 4 ff beziehen sich auf die Besitzschutzvorschriften des Strohal'schen Entwurfes.
5) ähnlich Bähr, aaO in § 6 seines Entwurfes.
6) hierzu siehe § 3 der Abhdlg.

Der Begriff hat sich jedoch erhalten, er wird, entsprechend dem Besitzbegriff des BGB abgewandelt, weiter verwendet als Bezeichnung für einen Besitz ohne animus domini - also im Gegensatz zu § 872 - mit dem besonderen Zweck der Verwaltung fremder Sachen [1].

Damit ergibt sich für die Terminologie des BGB-Besitzrechts eine neue Systematik:

Der Besitz mit animus domini hat sich im Eigenbesitz des § 872 erhalten. Im Gegensatz zu diesem Eigenbesitz stehen die Besitzer ohne animus domini mit dem Besitzzweck der Verwaltung, Verwaltungsbesitzer, oder Nutzung, Nutzbesitzer oder mit anderen Besitzzwecken. Als Sammelbezeichnung für den Besitz ohne animus domini hat sich der von Dernburg [2] geprägte Begriff "Fremdbesitz" durchgesetzt. In dieser Bedeutung wird die Bezeichnung wenigstens gebraucht, wenn auch Dernburg aaO, ausgehend vom unvollständigen Besitz des ALR damit anscheinend den Besitzmittler des § 868 bezeichnen wollte.

Damit steht dem Eigenbesitz des § 872 der Fremdbesitz, gleich Nichteigenbesitz mit seinen Unterfällen, unterschieden nach dem besonderen Besitzzweck, gegenüber.

Inwieweit dieses terminologische System dogmatisch richtig ist, wird noch zu prüfen sein.

II. Der Amtsbesitz im Besonderen.

Die Bezeichnung Amtsbesitz findet sich in der Literatur kaum. Insbesondere ist sie nicht erwähnt bei Strohal und den anderen Autoren, die eine Systematisierung des abgeleiteten Besitzes vorgenommen haben; diese begnügen sich mit dem weiteren Begriff des Verwaltungsbesitzes. In der neueren

---

1) So Staudinger-Seufert § 872, 4; Planck-Brodmann § 854 4b, a.E.

2) § 13, Ziff. 1

Literatur fanden wir den Amtsbesitz lediglich bei Wolff-Raiser [1] beiläufig erwähnt.
Das Fehlen einer Definition des Begriffes Amtsbesitz in der Literatur begründet die Vermutung, daß diese Bezeichnung ihre Entstehung der Sprechgewohnheit verdankt, den Besitz, den jemand kraft Amtes erlangt und ausübt, kurz Amtsbesitz zu nennen. Damit ist der Begriff Amtsbesitz einer deduktiven Bestimmung kaum zugänglich; diese wird sich vielmehr aus den Gemeinsamkeiten der Fälle finden lassen, die gewöhnlich als Amtsbesitz bezeichnet werden können.

Hierfür sind typisch:

der Gerichtsvollzieher,	der bei der Pfändung gem. § 808 Abs. I ZPO Besitz an den Pfandsachen erlangt;
der Konkursverwalter,	der gem. § 117 KO die Massesachen in Besitz zu nehmen hat;
der Zwangsverwalter,	der gem. § 150 Abs. II ZVG Besitz am Grundstück erlangt;
der Testamentsvollstrecker,	der gem. § 2205 Satz 2 den Nachlaß in Besitz nimmt;
der Nachlaßverwalter,	der den Nachlaß in Besitz nimmt, vgl. § 1986 Abs. I;
der Sequester,	der gem. §§ 848 Abs. II, 855, 938 ZPO den Besitz erlangt;
der Vormund und der Pfleger,	die Besitz an den ihrer Verwaltung unterliegenden Sachen haben (vgl. §§ 1793, 1897, 1915 Abs. I, 1960);
die gerichtlich bestellten Verwahrer und Verwalter	gem. §§ 432, 1052, 1054, 1217, 2039.

1) § 8 II

Alle genannten Amtsbesitzer sind nach dem oben I. für den Verwaltungsbesitz gesagten auch Verwaltungsbesitzer. Hieraus erklärt sich, daß man in der Regel hier den Begriff Verwaltungsbesitz verwendet. Zum Unterschied vom Verwaltungsbesitz etwa des Verwahrers besitzen jedoch die Amtsbesitzer nicht zum Zwecke der Ausübung eines rechtsgeschäftlichen Verwaltungsrechts, sondern zum Zwecke der Ausübung eines gesetzlich oder gerichtlich angeordneten Verwalteramtes. Amtsbesitz ist also Verwaltungsbesitz mit der Besonderheit eines durch Gesetz oder Richterspruch angeordneten und inhaltlich bestimmten Besitzzwecks.
Crome [1] nennt die Fälle "Sicherungsbesitz" und stellt damit noch deutlicher auf den Besitzzweck ab, wobei allerdings seine Bezeichnung nicht immer zutrifft. Der Besitz des Gerichtsvollziehers und des Konkursverwalters z.B. ist wohl eher "Verwertungs-" als Sicherungsbesitz. Die Schwierigkeit, die unterschiedlichen Einzelfälle unter eine treffende Sammelbezeichnung zusammenzufassen, zeigt schon, wie unsicher eine solche Nomenklatur ist.
Ausgangspunkt ist der Verwaltungsbesitz, in der von Strohal gefundenen Definition. Für ihn haben wir wenigstens eine genaue dogmatische Einordnung und den Nachweis der historischen Herkunft. Solange daher die Besonderheit des Amtsbesitzes nicht eine abweichende Beurteilung erforderlich macht, wird im folgenden dort, wo vom Verwaltungsbesitz die Rede ist, ohne weiteres auch der Amtsbesitz verstanden.

---

1) § 344 II b 1a

§ 3 Die Aufgabe des "animus domini" als Tatbestandsmerkmal des Besitzes nach dem BGB

Der Verwaltungsbesitz verdankt, wie oben § 2 I dargestellt, seine Entstehung der Notwendigkeit, denjenigen Inhabern, die unter der Herrschaft des romanistischen Besitzbegriffs wegen des fehlenden animus domini keinen Besitz hatten, Besitzerstellung durch positivrechtliche Vorschriften zu verschaffen, wenn der Zweck ihrer Innehabung besonders schutzwürdig erschien.

Mit der Abkehr des Entwurfs II zum BGB [1] vom romanistischen Besitzbegriff und der völligen Neuordnung des Besitzrechts weitgehend auf der Grundlage der Gewere, entfällt für den Besitz das Begriffsmerkmal des animus domini. Die Betonung der äußeren tatsächlichen Sachherrschaft als Kennzeichen des Besitzes im BGB bedeutet zwar keine Aufgabe des Besitzwillens als Begriffsmerkmal des Besitzes schlechthin, es genügt aber nunmehr "das dem äußeren Herrschaftsverhältnis entsprechende innere Willensverhältnis ohne Rücksicht auf seine juristische Qualifikation" [2].

Diesen natürlichen [3] Willen, die subjektive Kongruenz zur objektiven Sachherrschaft, hat aber auch der Fremdbesitzer jeder Art; soweit bei ihm die äußere Sachherrschaft vorhanden ist, reicht auch das subjektive Moment, diese Sachherrschaft ausüben zu wollen. Dieser natürliche Wille - Voraussetzung der menschlichen Handlungsfähigkeit schlechthin - entspricht auch insofern der ratio des BGB-Besitzrechts als Schutz der äußeren Herrschaftslage, als damit auch im Subjektiven die Frage nach den Rechtsverhältnissen, die dem Besitz zugrundeliegen, ausgeklammert wird. Damit aber sind die Detentoren des römischen Rechts, die abgeleiteten Besitzer, Verwaltungsbesitzer, Nutzbesitzer, Amtsbesitzer,

---

1) Motive III, S. 80
2) Gierke, Fahrnisbesitz S. 4
3) Staudinger-Seufert § 854, Anm. 5

alle Inhaber gemäß Entwurf I ohne weiteres Besitzer, wenn nicht im Einzelfall die Ausnahmevorschrift des § 855 BGB vorliegt. Die besondere Zweckrichtung des Besitzerwillens geht über das subjektive Erfordernis des BGB-Besitzbegriffs hinaus; sie ist kein Tatbestandsmerkmal des Besitzes mehr. Damit aber waren die Schöpfer des BGB der Schwierigkeit überhoben, für die besitzschutzwürdigen Inhaber ohne animus domini die geschilderte Notlösung des abgeleiteten Besitzes oder des § 3 des Strohal'schen Entwurfes für den Verwaltungsbesitz zu treffen.

Den besonderen Besitzarten nach dem Zweck des Besitzes, insbesondere dem Verwaltungsbesitz, war damit die dogmatische Ausnahmestellung genommen. Ihr Fortbestehen in der Terminologie des Besitzrechts rechtfertigt sich nur dann, wenn innerhalb des allgemeinen Besitzbegriffs des BGB für diese Fälle besitzrechtliche Besonderheiten bestehen, die allen Verwaltungsbesitzern gemeinsam sind. Mit dieser geschwundenen Bedeutung für den Besitzbegriff im allgemeinen erklärt sich auch, daß Verwaltungsbesitz und Amtsbesitz in der neueren Literatur keine genaue Begriffsbestimmung erfahren haben.

§ 4 Besitzarten im Gegensatz zum Eigenbesitz des § 872

Die Unterscheidung des römischen und gemeinen Rechts zwischen dem juristischen Besitz mit animus domini und bloßer Detention bzw. abgeleitetem Besitz ist mit der Unterscheidung Eigenbesitz - Fremdbesitz auf das Besitzrecht des BGB übergekommen, weil im Eigenbesitz des § 872 der animus domini des römischen Rechts weiter besteht [1]. Die Bedeutung, die der Frage Eigenbesitz oder Fremdbesitz in der Besitzrechtslehre des BGB beigemessen wird, erklärt sich unseres Erachtens nur aus dieser historischen Entwicklung. Während sie im römischen und gemeinen Recht eine Kernfrage des Besitzes war, ist sie durch die Neuordnung des Besitzes im BGB dogmatisch bedeutungslos geworden, schon nach ihrer Stellung als letzter § des Abschnitts Besitz im BGB nur noch ein Anhängsel des Besitzrechts.

Nur aus dem römisch-rechtlichen Besitzbegriff ist u.E. die von Bruns [2] vertretene, auf Wendt und Dernburg gestützte Meinung zu erklären, Eigenbesitz sei der Grundtypus des Besitzes, dem der unvollständige Besitz, der Fremdbesitz, gegenüberstehe, der als Darstellung eines inhaltlich beschränkten Rechts, inhaltlich beschränkter Besitz sei, weil ihm die Besitzfolgen der Ersitzung und der Eigentumsvermutung nicht zukämen. Das BGB stellt demgegenüber als Voraussetzungen des Besitzes nur die Erfordernisse der tatsächlichen Gewalt einer Person über die Sache und - implicite - eines entsprechenden natürlichen Besitzwillens auf (vgl. § 854 I, Prot. III, S. 29/30). Liegen sie vor, ist Besitz gegeben. Nicht Voraussetzung, sondern Wirkung des Besitzes ist die Eigentumsvermutung, und die Möglichkeit der Ersitzung. Ein minus gegenüber diesem Besitzbegriff, etwa in der Form eines

---

1) Strohal, Iherings DogmJahrb. Bd. 38, S. 13; Manigk, ArchbürgR Bd. 25, S. 320.
2) Bruns S. 62 und dort zitierte Nachweise.

unvollständigen Besitzes kennt das BGB nicht. Ein unvollständiger Besitz als unvollständige tatsächliche Gewalt ist logisch denkbar, für das ius possessionis jedoch irrelevant, weil dann Besitz i.S. des Gesetzes nicht vorliegt, also an diese tatsächliche Gewalt keine Rechtsfolgen geknüpft werden.

§ 1006 stellt für den Streit um das Recht eine an den Besitz geknüpfte Vermutung für das Eigentum auf; es ist nicht zulässig, ihn im Besitzrecht so umzukehren, daß der Besitz schlechthin Darstellung des Eigentums sei [1].

Selbst unter der Herrschaft des römischen Rechts galt der Satz "nihil commune habet proprietas cum possessione" [2].

Der Besitz ist nicht Darstellung eines Rechts [3] durch die tatsächliche Gewalt über die Sache, sondern selbständiger, vom Gesetz aus sich selbst heraus für schutzwürdig bestimmter Tatbestand mit der ratio, "den Rechtsfrieden durch Aufrechterhaltung der äußeren tatsächlichen Ordnung der Verhältnisse der Personen zu den Sachen zu bewahren" [4].

Die Formel für Eigenbesitz und Fremdbesitz kann also nicht lauten Eigenbesitz = Besitz i.S. des BGB, Fremdbesitz = Besitz minus animus domini; sie muß vielmehr lauten Eigenbesitz = Besitz i.S. des BGB plus animus domini.

Es geht also bei der Unterscheidung Eigenbesitz - Fremdbesitz nicht um den Besitz, sondern um den animus domini. Das principium divisionis ist nicht die Art des Besitzens, sondern die subjektive Beziehung des Besitzers zu dem zugrundeliegenden Recht auf den Besitz [5].

---

1) So auch Mengelkoch, Iherings Dogmajahrb. Bd. 76, S. 87
2) D. 41, 2, 12, 1
3) Sokolowski S. 247
4) Prot. III, S. 31
5) Planck-Brodmann vor § 854, Anm. 4

Daraus ergibt sich auch, daß es hinsichtlich der Hauptfunktion des Besitzes, des Besitzschutzes, gleichgultig ist, ob Eigenbesitz oder Fremdbesitz vorliegt [1]. Beide sind vollwertiger und vollständiger Besitz und werden als Besitz geschützt. Wer wollte auch entscheiden, ob der Dieb als Eigenbesitzer ein vollständigerer, besserer oder mehr schutzwürdiger Besitzer ist als der Mieter als Fremdbesitzer. Bedeutsam ist der Eigenbesitz, der Besitz plus animus domini nur außerhalb des Besitzrechts. In den Fällen der Ersitzung §§ 900, 927, 937, des Fruchterwerbs § 955, der Aneignung § 958, bei der Haftungsvorschrift des § 836 und in den §§ 1127 BGB und 147 ZVG tritt zum Besitz ein weiteres, subjektives Tatbestandsmerkmal, der animus domini, der in Verbindung mit dem Besitz Eigenbesitz genannt wird und in § 872 definiert ist. Die Frage nach dem Inhalt des animus domini wird unten § 5 zu besprechen sein. Hier genügt es, festzuhalten, daß entsprechend dem animus domini ein besonderer Besitzerwille, "als ihm gehörig" zu besitzen, notwendig ist. Dieser qualifizierte Besitzerwille, der für die genannten Fälle außerhalb des Besitzrechts erforderlich ist, ist dem Besitzbegriff des BGB fremd, weil über die Kriterien der tatsächlichen Gewalt und des natürlichen Besitzwillens hinaus ein zusätzliches subjektives Tatbestandsmerkmal aufgestellt wird. Der Eigenbesitz des § 872 gehört in die Lehre von den Rechtsverhältnissen, für die er geschaffen wurde [2], im Besitzrecht selbst hat er nur terminologische Bedeutung. [3], ist bedeutungs-

---

1) Statt vieler Staudinger-Seufert § 872, Anm. 2b; Kreß S. 242; Bruns S. 63.
2) Protokolle III, S. 227; Strohal Iherings DogmJahrb. Bd. 38, S. 14, Fußnote 18.
3) So gerade Bruns S. 64

los [1], eine bloße Legaldefinition [2], die ebensogut "in konkretem Zusammenhang der Anwendungsfälle hätte erfolgen können" [3].
Eigenbesitz ist also Besitz im Sinne des § 854, was ihn vom Nicht-Eigenbesitz unterscheidet, ist kein für den Besitzbegriff wesentliches Kriterium [4].
Es würde in diesem Zusammenhang zu weit führen, darüberhinaus die Frage zu untersuchen, ob nicht die Figur des Eigenbesitzes auch für die Ersitzung und den Fruchterwerb überhaupt entbehrlich ist [5]. Denn der bei Ersitzung und Fruchterwerb geforderte gutgläubige Eigenbesitz ist (§§ 937 II, 955 I 2) nicht ein besonderer Besitzwille, sondern der gute Glaube an das vermeintliche Recht zum Eigenbesitz, das Eigentum (opinio domini), so daß de lege ferenda eine entsprechende Formulierung der Gutglaubensvorschriften der §§ 937 II, 955 I 2 mit entsprechender Beweislastverteilung genügen könnte; wer die opinio domini nicht hat, später verliert oder freiwillig aufgibt, könnte nicht ersitzen, auch wenn er Besitzer ist oder bleibt.

Wenn sich nach dem vorstehenden die Bedeutung des Eigenbesitzes darin erschöpft, außerhalb des Besitzrechts als Tatbestandsmerkmal der geschilderten Rechtswirkung zu dienen, so beschränkt sich die Bedeutung des Nicht-Eigenbesitzes, des Fremdbesitzes, in diesem Zusammenhang darauf, das Fehlen des subjektiven Tatbestandsmerkmals animus domini anzuzeigen, also die Besitzfälle zu kennzeichnen, bei denen Ersitzung etc. nicht möglich ist.

---

1) Kreß S. 244
2) Bartels, GruchBeitr. Bd. 42, S. 646; Rosenberg § 872 II; Rohde IV, S. 39.
3) Runkel, Jahrb.d.Akademie f.dt.Recht 1937, S. 32 (41).
4) So ganz klar RGZ Bd. 81, S. 64 (66).
5) Vgl. Prot. III, S. 228 ff.

Sinnlos wäre es hier, den Frembesitz weiter zu unterscheiden nach der Zweckrichtung des Willens, der nicht animus domini ist, etwa in Verwaltungsbesitz, Amtsbesitz, Nutzbesitz. Über die Möglichkeit der Ersitzung, des Fruchterwerbs etc. entscheidet nur das Vorliegen von Eigenbesitz und Fremdbesitz. Der Ausgestaltung des Fremdbesitzerwillens kommt keine Bedeutung mehr zu. Eine weitere Differenzierung des Fremdbesitzes in Zusammenhang mit § 872 geht daher ins Leere [1]. Dem Verwaltungsbesitz, Amtsbesitz und Nutzbesitz kommt aber auch in den Fällen, in denen der Besitz zum Rechtserwerb führt, keine selbständige Bedeutung etwa in der Form zu, daß generell das dem Besitzzweck entsprechende Recht zum Besitz durch Ersitzung erworben werden kann. Der Verwaltungsbesitz scheidet hier ohnehin aus, weil es sich immer um Besitz in fremdem Interesse handelt. Für den Nutzbesitz bestätigt § 1033 als Ausnahme die Regel. Eine Ausdehnung der Regelung des § 1033 auf andere dinglich Nutzungsberechtigte ist ausgeschlossen [2].

Entsprechendes gilt für die Ausnahmevorschrift des § 955 II, dort sind die obligatorisch Nutzungsberechtigten ausgenommen [3].

Eine gemeinsame Rechtsfolge, die eine zusammenfassende Bezeichnung mit dem Sammelbegriff Nutzbesitzer rechtfertigen würde, fehlt also. Vielmehr zeigt die Ausnahmevorschrift des § 1033, daß es ausschließlich auf den guten Glauben an das spezielle, vom Gesetzgeber der Ersitzung zugänglich gemachte Recht zum Besitz ankommt, nicht auf einen

---

1) Vgl. Strohal Bd. 29, S. 369, Strohal äußert dort selbst Bedenken hinsichtlich der Notwendigkeit weiterer Differenzierung des Nicht-Eigenbesitzes.
2) Staudinger-Seufert vor § 937 V.
3) Insoweit ungenau die Überschrift bei Wolff-Raiser zu § 77 III.

generellen Besitzerwillen oder Besitzzweck.
Die Vermutung für den Besitz des Nießbrauchers und des Pfandgläubigers §§ 1065, 1227, 1006 I beschränkt sich ebenfalls auf diese beiden Fälle. Eine ausdehnende Auslegung zugunsten anderer Nutz- oder Fremdbesitzer ist ausgeschlossen [1].

---

1) h.M. statt vieler Crome, Juristische Natur der Miete nach dem BGB; Iherings DogmJahrb. Bd. 37, S. 63, 64; a.M. nur Heck § 33 4b, gegen ihn Wolff-Raiser, § 22 III, Fußnote 10.

§ 5 Der mittelbare Besitz, eine Neuschöpfung des BGB

I. Dogmatische Gegensätze.

Schon aus dem oben in § 3 Gesagten ergibt sich, daß der in § 868 geregelte mittelbare Besitz nicht eine Fortführung der römisch- und gemeinrechtlichen Konstruktion des abgeleiteten Besitzes sein kann, daß also keine Gleichung besteht Eigenbesitzer = mittelbarer Besitzer, Fremdbesitzer = Besitzmittler. Mit der Aufgabe des animus domini als Begriffsmerkmal des Besitzes war auch die positivrechtliche Verschaffung von Besitzschutz an schutzwürdige Inhaber ohne animus domini (abgeleiteter Besitz) überflüssig, weil diese nach BGB ohne weiteres Besitzer sind. Ebenso war eine Ausnahmevorschrift ähnlich dem § 3 des Strohal'schen Entwurfes für die Verwaltungsbesitzer unnötig geworden.
Aus der Tatsache, daß es nunmehr auch beim alieno nomine possidere keine Spaltung in juristischen Besitz und Detention mehr gab, sondern nur noch einen Besitz, ergaben sich vielmehr für das Besitzrecht des BGB in diesem Zusammenhang völlig neue Probleme, die das BGB neu ordnen mußte; das ist in §§ 855 und 868 geschehen [1].
Die Ausgangspunkte des abgeleiteten und des mittelbaren Besitzes sind auch gerade entgegengesetzt [2]. Grundlage des BGB-Besitzes ist die tatsächliche Gewalt über die Sache. Der mittelbare Besitzer hat die körperliche Gewalt über die Sache nicht, das Gesetz verschafft ihm durch § 868 den Besitz.
Der Unterschied zum abgeleiteten Besitz ist also zweifach. Der abgeleitete Besitz macht eine Ausnahme vom Grundsatz

---

1) Bartels, GruchBeitr. Bd. 42, S. 665.
2) a.A. Last, Fragen der Besitzlehre, Iherings DogmJahrb. Bd. 63, S. 98 ff.

Besitz nur mit animus domini, der mittelbare Besitz macht eine Ausnahme vom Grundsatz Besitz nur mit tatsächlicher Gewalt über die Sache. Der abgeleitete Besitz verschafft durch Ausnahme den Besitz dem Verwalter oder Nutzungsberechtigten; der mittelbare Besitz verschafft den Besitz durch Ausnahme dem Hintermann, meist dem Eigentümer.
So sind beide Rechtsfiguren typische Ausprägungen der unterschiedlichen Besitzsysteme, denen sie angehören, der abgeleitete Besitz dem Besitzrecht auf der Grundlage des animus domini, der mittelbare Besitz dem Besitzrecht auf Grundlage der Gewere. Die aus dem abgeleiteten Besicht entwickelte Unterscheidung Eigenbesitz - Fremdbesitz paßt nicht in die Systematik der Unterscheidung mittelbarer Besitz - unmittelbarer Besitz i.S. des § 868 [1].

II. Die "vergeistigte Sachherrschaft".

Der mittelbare Besitz ist zunächst nur ein Problem der tatsächlichen Gewalt über die Sache, der objektiven Machtverhältnisse. Die Frage des Willens, der subjektiven Einstellung der Beteiligten wird erst in zweiter Linie bedeutsam (vgl. unten III).
Im Besitzrecht des BGB gilt der römisch-rechtliche Grundsatz "plures eandem rem in solidum possidere non possunt" weiter [2]. Damit würde z.B. der Eigentümer, der eine Sache in Miete oder Pacht gibt, mit dem Verlust der rein körperlichen Sachherrschaft den Besitz verlieren (§ 856 Abs. I), der Mieter würde Alleinbesitz erlangen (§ 854 Abs. I). Diese Folge widerspräche für die in § 868 genannten bzw. definierten Fälle der Lebensanschauung, die den sozialen

---

1) Friebe S. 73.
2) RGZ Bd. 135, S. 75 (80); Rosenberg Sachenrecht § 854 I 1d.

Begriff der tatsächlichen Gewalt entsprechend den differenzierten Verhältnissen im modernen Rechtsstaat nicht nur in den Fällen der unmittelbaren physischen Gewalt - auf Armeslänge - bejaht, sondern auch dort, wo ein vom Inhaber der körperlichen Gewalt anerkanntes und entsprechend gestaltetes Rechtsverhältnis die Beziehung zur Sache vermittelt. § 868 trägt dieser Verkehrsanschauung Rechnung, indem er den Vermieter, Verpächter etc. auch zum Besitzer erklärt, damit die "vergeistigte Sachherrschaft" [1] als schutzwürdiges Besitzcorpus anerkennt und damit in diesen Fällen die Möglichkeit des Doppelbesitzes [2] einräumt [3].

Auch für den mittelbaren Besitzer ergibt sich, sofern er Eigenbesitzer ist, dann als Folge seines Besitzes die Möglichkeit des Rechtserwerbs durch Ersitzung, Aneignung, Fruchterwerb, die Legitimationswirkung des § 1006 Abs. III und die Möglichkeit der Eigentumsübertragung an Fahrnis gem. §§ 930, 931. Die Autoren, die den mittelbaren Besitz als Fiktion zur Verschaffung von Besitzwirkungen an Nichtbesitzer ansehen - insbesondere Wendt aaO - interpretieren, u.E. zu Unrecht, den Besitz nur als die Grundlage dieser Besitzwirkung außerhalb des Besitzrechts.

---

1) Wolff-Raiser § 8 III

2) Vgl. Art. 920 Schweizer ZGB; Sokolowski S. 251; Strohal, Iherings DogmJahrb. Bd. 38, S. 18; Endemann § 32 1.

3) So h.M. Prot. III, S. 221; Gierke, Fahrnisbesitz S. 7, Fußnote; Strohal, Iherings DogmJahrb. Bd. 38, S. 1ff, Leonhard S. 70; Rosenberg Sachenrecht § 868 II und vor § 854,3; Bruns S. 40; Dernburg § 13,3; Wolff-Raiser § 8 I; Planck-Brodmann, Anm. 5 zu § 868;
a.M. die Anhänger der Fiktion Rohde Abschn. XXI, S. 7; Bartels, GruchBeitr. Bd. 42, S. 667; Wendt, ArchZivPrax. Bd. 87, S. 49; Müller-Erzbach, Iherings DogmJahrb. Bd. 53, S. 362; eine Mittelmeinung vertritt Siebert ZHR Bd. 93, S. 18.

Sie verkennen, daß dies nur die Folgen, nicht die Ursachen des Besitzes sind. Das Rechtsinstitut des Besitzes - die Normen des ersten Abschnittes des dritten Buches des BGB - dient in erster Linie der Aufrechterhaltung der äußeren Ordnung der Güter, dem rechtlichen Schutz des sozialen Machtverhältnisses (vgl. oben § 4). Das Fehlen oder Vorhandensein dieses sozialen Machtverhältnisses, der tatsächlichen Gewalt, beurteilt sich nach der Verkehrsanschauung, je nach dem, ob diese eine Sache dem Machtbereich einer Person zuordnet. Daher können wir auch die Annahme einer Fiktion für den mittelbaren Besitz nur bei den Autoren respektieren, die sich mit der Frage auseinandersetzen, ob die Verkehrsanschauung dem mittelbaren Besitzer eine - vergeistigte - tatsächliche Gewalt zuerkennt [1]. Diese Frage ist aber u.E. i.S. der - vergeistigten - Sachherrschaft für den mittelbaren Besitz zu bejahen [2]. Dies zeigt ein Vergleich mit bestimmten Fällen des unmittelbaren Besitzes. Es gibt ein bekanntes Lehrbuchbeispiel [3], wonach derjenige, dem der Schlüssel zum Weinkeller übergeben wird, unmittelbaren Besitz des Weinkellers erlangt, wer den Schlüssel stiehlt aber nicht. Hier ist die Rechtslage zwar nicht Erfordernis, aber doch Indiz für das Vorliegen der tatsächlichen Gewalt. Die Verkehrsanschauung rechnet die Sache dem Macht - bereich des Schlüsselinhabers zu, weil er ein anerkanntes Verfügungsrecht darüber hat, obwohl ihm die rein mechanische Sachbeziehung fehlt. Von hier ist der logische Sprung zum mittelbaren Besitz nur klein. Ob jemand den Schlüssel zum Weinkeller in Händen hat oder ob er den Weinkeller in Verwahrung eines Dritten gegeben hat, eine körperliche Sachbeziehung fehlt in beiden Fällen. Ebenso wie die Ver-

---

1) Vgl. insbes. Siebert ZHR, Bd. 93, S. 18 ff; weniger eingehend Müller-Erzbach aaO.
2) Vgl. insbes. Mengelkoch, Iherings DogmJahrb. Bd. 76, S. 81, Buchstabe c ff.
3) Wolff-Raiser § 5 III 4b.

kehrsanschauung das Verfügungsrecht des Schlüsselinhabers als Indiz für seine Sachbeziehung zum Weinkeller ansieht, wird sie auch die fortdauernde Rechtsmacht des Hinterlegers über den Verwahrer als hinreichende Sachbeziehung ansehen, um die Sachen auch dem Machtbereich des Hinterlegers zuzurechnen.
Der Unterschied zwischen den beiden Fällen, die Existenz des Besitzmittlers, einer Person mit körperlich näherer Sachbeziehung steht dem Vergleich nicht entgegen: Wie nämlich im geordneten Rechtsstaat in der Regel der Besitz des Schlüssels für die Gewalt über den Weinkeller genügt - ich brauche nicht damit zu rechnen, daß ein körperlich Näherer sich jederzeit gewaltsam des Weinkellers bemächtigt -, ebenso kann es als Regel gelten, daß der Besitzmittler im Bewußtsein seiner rechtlichen Gebundenheit die Grenzen seiner Verfügungsmacht über die verwahrten Sachen achtet und damit durch ih, wie durch den Schlüssel, die Macht des mittelbaren Besitzes repräsentiert wird.

III. Die Unterordnung des Besitzmittlers unter den mittelbaren Besitzer.

Wenn auch nach dem dargestellten Wesen des mittelbaren Besitzes als vergeistigte objektive Sachherrschaft (vgl. II) und nach den dargestellten Verschiedenheiten zwischen mittelbarem Besitz und Eigenbesitz und Fremdbesitz (oben I) § 868 zunächst keine subjektiven Tatbestandsmerkmale auszuweisen scheint, so konnten wir doch schon bei dem Nachweis der vergeistigten Sachherrschaft nicht darauf verzichten, vom Mittler die "Achtung" des mittelbaren Besitzes zu verlangen. In der Besitzrechtslehre existiert eine Reihe von Definitionen für die unge-

schriebenen Tatbestandsmerkmale des § 868, die, abgeleitet aus den in § 868 genannten Rechtsverhältnissen für alle "ähnlichen" Verhältnisse die Unterordnung des Mittlerbesitzes unter den Besitz des mittelbaren Besitzers und damit dessen Macht über die Sache gewährleisten sollen.

Strohal [1]	verlangt	daß der Besitz dem Besitzmittler auf Zeit vom mittelbaren Besitzer anvertraut sein müsse;
Kreß [2]	verlangt	freiwilliges Abgeben des Verkehrsbesitzes durch den mittelbaren Besitzer an den Besitzmittler und Empfang des Besitzes vom mittelbaren Besitzer;
Leonhard [3]	verlangt	daß der Besitzmittler den Besitz auf Kosten des mittelbaren Besitzers erlangt haben und der mittelbare Besitzer daher ein Vermögensopfer gebracht haben müsse;
Wendt [4]		sagt in Anlehnung an die Formulierung der §§ 941, 986, 991 und des Strohal'schen Kriteriums des Anvertrauens, daß der Besitzmittler abgeleiteter Besitzer in solchem Sinne sei, daß fremder Besitz [5] ihm anvertraut, auf Zeit überlassen sei;
Gierke [6]	verlangt	nur Anerkennung des Besitzmittlers durch den mittelbaren Besitzer [7];

---

1) Iherings DogmJahrb. Bd. 38, S. 20.
2) aaO S. 193 ff.
3) ssO S. 61.
4) ArchZivPrax. Bd. 87, S. 44.
5) ungenau: der Besitz ist sein eigener, gemeint ist Fremdbesitz oder Besitz an fremder Sache.
6) Fahrnisbesitz, S. 7, Anm. 15.
7) So auch Endemann § 32 2.

Rohde [1] verlangt daß der Besitz auf Grund eines Rechtsaktes in die Hand des Mittlers gelangt, durch welchen der bisherige Besitzer unter Beibehaltung seines Eigentums oder sonstigen Rechts auf den Besitz diesen zu einem, die Funktion, mit welcher der Besitz spezifisch der Entstehung des Eigentums und der dinglichen Rechte dient, nicht berührenden Zweck vorübergehend überläßt und der Mittler verpflichtet wird, ihn nur im Umfang dieses Zwecks sich nutzbar zu machen;

Rosenberg [2] sagt, daß solche Rechtsverhältnisse den Anforderungen des § 868 entsprechen, die den Besitzer verpflichten, die Sache objektiv fremd zu behandeln.

Diese Beispiele zeigen, daß man sich bei der Definition dieser ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale des § 868 wieder der Unterscheidung Eigenbesitz - Fremdbesitz nähert, indem man, wie z.B. Rosenberg, vom Besitzmittler verlangt, daß er Fremdbesitzer sein müsse, so daß auf diesem Umweg die von uns oben abgelehnte Gleichstellung von Fremdbesitzer = Besitzmittler und Eigenbesitzer = mittelbarer Besitzer wieder gelten würde.

Dies ist auch die herrschende Meinung [3], die Westermann [4]

---

1) Abschn. XXI, S. 17.
2) Sachenrecht § 868 II 2b.
3) Sokolowski S. 248; Soergel zu § 868 1a; Palandt-Hoche § 868, Anm. 1; RGRK § 868, Anm. 1; Rosenberg Sachenrecht, § 868 II 2b ff; Dernburg § 13 1; Wolff-Raiser § 8 I 1b; Baur § 7 III 1ab.
4) § 18, 5.

ganz klar als die "Formel" präzisiert, daß "Eigenbesitz ein Besitzmittlungsverhältnis ausschließt". Sie findet sich auch in dem Sprachgebrauch, statt Besitzmittler Fremdbesitzer zu sagen [1].
Da sich dieser Schluß aus der Gestaltung der ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale des § 868 herleitet, bedarf es zunächst der Untersuchung, in welcher Form die herrschende Lehre die oben dargestellten verschiedenen Definitionen zusammengefaßt hat.

1) Die Anerkennung des mittelbaren Besitzers durch den Besitzmittler.

Die Notwendigkeit dieses subjektiven Tatbestandsmerkmals der Anerkennung des mittelbaren Besitzers durch den Besitzmittler ergibt sich aus der Zweispurigkeit der Konstruktion des mittelbaren Besitzes. Der Mittler kann sich zwar aus dem schuldrechtlichen Rechtsverhältnis, das den mittelbaren Besitz herstellt, nicht einseitig lösen. Er kann aber tatsächlich gegen seine Verpflichtungen aus dem schuldrechtlichen Vertrag handeln, und die Sache usurpieren, indem er sie so behandelt, als ob seine schuldrechtliche Bindung nicht bestünde. Mit dieser Willensänderung, soweit sie sich durch eine äußerlich erkennbare Handlung manifestiert [2], erlangt der bisherige Besitzmittler unmittelbaren Besitz gem. § 854, Abs. I, der mittelbare Besitz geht in entsprechender Anwendung des § 856, Abs. I unter, weil sein Besitzcorpus - die vergeistigte Sachherrschaft vermittelt durch die Achtung des Besitzmittlers - verlorengeht. Das Fortbestehen des schuldrechtlichen Rechtsverhältnisses kann diese Folge nicht hindern, weil die tatsächlichen Gewaltverhältnisse an der Sache und der damit übereinstimmende natürliche Besitzwille von der vertraglichen Rechtslage unabhängig sind und durch diese nicht fixiert werden

1) Statt vieler Staudinger-Seufert § 868 I 1c.
2) Statt vieler Staudinger-Seufert § 868 V 2b.

können [1]. Die Gegenmeinung [2], daß es nur auf die durch das Rechtsverhältnis objektiv bestehende Unterordnung des Besitzmittlers, ohne Rücksicht auf seinen wirklichen Willen, ankäme, wendet u.E. zu Unrecht Vertragsrecht auf ein tatsächliches Verhältnis, den Besitz an; die ihr folgende ad-hoc-Entscheidung des BGH [3] für den Sonderfall des Erbhofes betrifft die allgemeinen Fälle des § 868 nicht [4]. Zum Fortbestand des mittelbaren Besitzes ist also der andauernde Wille des Besitzmittlers erforderlich, für den mittelbaren Besitzer zu besitzen [5].

2) Die Besitzrechtsableitung.

Das zweite ungeschriebene Tatbestandsmerkmal des mittelbaren Besitzes ist das objektive Erfordernis, daß der Besitzmittler sein Recht zum Besitz vom mittelbaren Besitzer ableitet [6]. Die Formulierung folgt derjenigen der §§ 941, 986, 991, wo der mittelbare Besitzer als derjenige bezeichnet wird, von dem der Besitzmittler sein Recht zum Besitz ableitet [7].

---

1) h.M. RGZ Bd. 135, S. 78; Knieb, S. 258; Planck-Brodmann § 868, 3; Dernburg III, S. 48; Gierke, Fahrnisbesitz S. 7, Anm. 15; Wolff-Raiser § 15 II 2; Westermann § 19 II 3.
Soweit die zitierten Autoren dieses Tatbestandsmerkmal nicht ausdrücklich aufführen, ergibt es sich daraus, daß sie den Verlust des mittelbaren Besitzes durch eine Willensänderung des Besitzmittlers als möglich anerkennen.
2) Insbes. Boehmer S. 41, 42 mit weiteren Nachweisen; Rohde Abschn. XXI, S. 76; Leonhard S. 71; Bruns S. 65, 167.
3) BGHZ Bd. 9, S. 73 (78).
4) Vgl. unten § 7 I 2 d. Abhdlg.
5) Prot. IV, S. 608; RGRK § 868, Anm. 9b; Przibilla, JW 1908 S. 395; BGH in NJW 1955, S. 499.
6) h.M. Crome § 342, 1; Eichler, S. 20; Westermann § 17 4b; Kretzschmar § 868 2c; Baur § 7 III 1b bb; Wolff-Raiser § 8 I 1a; Biermann § 868 2c; Planck-Brodmann § 868 2b; RGZ Bd. 49, S. 172 (173).
7) Vgl. Wendt ArchZivPrax., Bd. 87, S. 45.

Besitzrechtsableitung bedeutet zunächst negativ, daß das Recht des Besitzmittlers zum Besitz nicht das Eigentum sein kann. Das Eigentum als das umfassende Recht an der Sache gewährt auch ein originäres umfassendes Recht zum Besitz, das keinem anderen Recht untergeordnet ist. Abgeleitetes Recht ist also ein beschränktes Recht - im Vergleich zum Eigentum - das dinglich (Nießbrauch) oder obligatorisch (Miete) oder unmittelbar auf Grund Gesetzes bei den Amtsbesitzern bestehen kann. Das Recht des Besitzmittlers zum Besitz muß sich auch gerade vom mittelbaren Besitzer ableiten, weil ihm gegenüber die Unterordnung, die die mittelbare Sachherrschaft des mittelbaren Besitzers herstellt, gegeben sein muß. Folge der Besitzrechtsableitung ist auch der für das Besitzmittlungsverhältnis notwendige Herausgabeanspruch (§ 870), der dem mittelbaren Besitzer gegen den Besitzmittler zustehen muß [1]. Jedes Rechtsverhältnis des § 868 - soweit es nicht durch Gesetz begründet ist - ist durch einen Vertrag begründet, durch den der mittelbare Besitzer dem Besitzmittler den unmittelbaren Besitz auf Zeit zu beschränkter Verfügung überläßt; das Recht des Besitzmittlers zum Besitz leitet sich aus diesem Vertrag her, und es erwächst andererseits dem mittelbaren Besitzer aus diesem Vertrag ein Herausgabeanspruch gegen den Besitzmittler.

Die Bedenken derjenigen Autoren [2], die das Tatbestandsmerkmal der Besitzrechtsableitung wegen der auf gesetzlicher Ermächtigung beruhender Besitzmittlungsverhältnisse als unbrauchbar ablehnen, lassen sich damit ausräumen, daß in diesen Fällen das Gesetz die vertragliche Ableitung ersetzt, ähnlich wie der Richterspruch eine Willenserklärung ersetzt [3].

---

1) Statt vieler Staudinger-Seufert § 868 I 1c.
2) Insbes. Przibilla aaO, S. 395; vgl. ferner unten § 7 I 1 der Abhdlg.
3) Brockhoff S. 36.

Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß abgeleitetes, beschränktes Recht zum Besitz nicht gleich abgeleiteter oder beschränkter Besitz ist (vgl. oben § 4). Die Besitzrechtsableitung bezieht sich auf die Rechtsbeziehungen zwischen Besitzmittler und mittelbarem Besitzer, nicht auf den Besitz.

IV. Der Inhalt des Fremd- bzw. des Eigenbesitzes.

Bevor nun nach den gefundenen Kriterien des § 868 "Besitzrechtsableitung" und "Anerkennung des mittelbaren Besitzers durch den Besitzmittler" untersucht werden kann, ob der Besitzmittler notwendig Fremdbesitzer ist der Fremdbesitz also ein weiteres Tatbestandsmerkmal des § 868 ist, bedarf die oben § 4 ausgeklammerte Frage der Klärung, welchen Inhalt der Fremdbesitz hat. Manigk definiert den Fremdbesitz als "Besitz unter Anerkennung fremden Eigentums". Die Definition ist richtig, aber für unsere Zwecke nicht ausreichend. Wir haben oben in § 2 Fremdbesitz als Sammelbegriff für alle Fälle des Besitzes ohne animus domini, des Nichteigenbesitzes definiert. Um den Inhalt des Fremdbesitzes zu klären, erscheint es daher notwendig, zunächst festzustellen, welchen Inhalt die Begriffe "animus domini" und "als ihm gehörig" i.S. des § 872 haben. Dann kann unsere Fragestellung nach der Bedeutung des Fremdbesitzes in § 868 lauten. Kann der Besitzmittler in § 868 auch Eigenbesitzer sein?
Bejahen wir diese Frage, so ist damit gesagt, daß dem Fremdbesitz im Rahmen des § 868 keine Bedeutung zukommt. Die in der Literatur auf der Grundlage von Savignys Subjektivitätstheorie vertretene Meinung [2], Eigenbesitz sei

---

1) ArchbürgR Bd. 25, S. 321.
2) Auerbach S. 17; Kreß S. 244.

ein objektives Tatbestandsmerkmal des Besitzes, ist seit Manigk [1] zu Recht fallengelassen. Eigenbesitz ist nicht, wie diese Autoren meinten, Besitz zum Zwecke der Ausübung des Eigentums, wobei der Zweck durch die causa bestimmt wurde (z.B. Eigentumsübertragung, beim Dieb "causa vitiosa"), so daß die causa angibt, ob Eigenbesitz oder Fremdbesitz vorliegt [2]. Dagegen führt Manigk [3] zu Recht an, daß der Zweck nicht objektiv durch die causa, sondern nur subjektiv durch den Willen des Besitzers bestimmt wird. Den Inhalt dieses Willens definiert das Reichsgericht [4] folgendermaßen "Vollständiger oder Eigenbesitzer ist, wer eine Sache als sein eigen, als ihm gehörig, besitzt, wer sie also mit dem Willen, ihr Eigentümer zu sein, besitzt. Ob dieser Wille vorhanden ist, ist in jedem Fall nach den tatsächlichen Umständen zu beurteilen". Ähnlich Manigk [5]: "Der Eigenbesitzer muß die Sache mit dem Willen in Besitz nehmen und weiter besitzen, jeden anderen von der Herrschaft über die Sache auszuschließen, und er muß das Eigentum eines anderen nicht anerkennen". Ebenso Planck-Brodmann [6]: "Eigenbesitzer ist, wer mit dem Willen besitzt, die Sache wie eine ihm gehörige zu behandeln. Es genügt also der Wille, die dem Inhalt des Eigentums entsprechende Stellung zur Sache zu haben" [7]. Entscheidend ist also die Einstellung des Besitzers zum Recht [8] an der Sache, nicht zum äußeren Haben. Wer den Willen hat, angemaßt oder berechtigt Eigentümer der Sache zu sein, und sie besitzt, ist Eigenbesitzer. Daß es auf

---

1) Anwendungsgebiet S. 108 und ArchburgR Bd. 25, S. 321.
2) Auerbach S. [illegible]
3) ArchburgR Bd. 25, S. 321.
4) RGZ Bd. 64 S. 135.
5) Anwendungsgebiet S. 108.
6) 2b zu § 872.
7) Statt vieler mit ähnlichen Definitionen.
8) Planck-Brodmann vor § 854, Anm. 3.

die Einstellung zum Recht an der Sache und nicht auf das äußere Haben, die Art des Besitzens, ankommt, zeigt auch die Änderung des Textes in der 2. Lesung [1]: Die zunächst vorgeschlagene Formulierung "der Wille, die Sache als seine eigene zu haben" deutet auf das äußere Haben, während "als ihm gehörend" sich dem Wortsinn nach auf die Einstellung zum Recht bezieht. Das äußere Haben, die Art wie der Besitzer mit der Sache verfährt, wozu er sie nutzt, ist nur Indiz für seinen Willen. Maßgebend ist daher auch nicht der subjektive Zweck, den der Besitzer mit der Sache verfolgt. Ebenso wie der Eigentümer mit seiner Sache nur die Interessen Dritter bezwecken kann (z.B. der wohltätige Verein hinsichtlich des Vereinseigentums) und doch Eigentümer bleibt, kann der Eigenbesitzer, weil er die dem Inhalt des Eigentums entsprechende Stellung zur Sache hat, den Besitz in fremdem Interesse ausüben, wenn er nur den Willen behält, die Sache ausschließlich als "ihm gehörend" zu haben, d.h. "das Eigentum eines anderen nicht anerkennt". Fremdbesitz an eigenen Sachen mit dem Willen ihr Eigentümer zu bleiben, ist daher ausgeschlossen. Zwar entspricht die objektive Innehabung des Eigentümers, der seine Sache vom Mieter entleiht, der Stellung des Fremdbesitzers, weil der Entleiher regelmäßig nicht Eigentümer ist; das äußere objektive Haben und die causa des Besitzes ist aber nur Indiz für den inneren Willen.
Ebenso wie der Eigentümer - mittelbarer - Eigenbesitzer blieb, als er die Sache vermietete, bleibt er Eigenbesitzer, wenn er die Sache vom Mieter entleiht. Geändert hat sich nur die äußere Sachbeziehung, nicht sein Wille, die Sache als sein Eigentum zu haben. Denn ebenso wie der Eigentümer fremde beschränkte Rechte an der Sache anerkennen kann, ohne sein Eigentum zu verlieren, bleibt der Besitzer solange

---

1) Prot. III, S. 227.

Eigenbesitzer, als er Besitz hat und den Willen, Eigentümer zu sein, gleichgültig, welche beschränkten Rechte an der Sache er anerkennt [1]. Daß der äußere Sachverhalt in unserem Beispielsfall die komplizierte subjektive Ausgestaltung nicht ohne weiteres indiziert, steht dem nicht entgegen.

Die Anerkennung des fortbestehenden - mittelbaren - Besitzes des Mieters in unserem Beispielsfalle ist aber nicht Fremdbesitz, denn dieser hat als Gegensatz zum Eigenbesitz die Anerkennung fremden Eigentums, nicht fremden Mietrechts zum Inhalt. Es besteht also nicht etwa Eigenbesitz und Fremdbesitz desselben Besitzers an derselben Sache nebeneinander [2]. Das ist nach der genannten herrschenden Meinung [3] vom Inhalt des Eigenbesitzes ausgeschlossen. Denn hinsichtlich einer Sache kann der Wille des Besitzers nur entweder darauf gerichtet sein, sie als ein Eigentum oder als das Eigentum eines anderen besitzen zu wollen. Fremdbesitz ist eben nicht Anerkennung fremden beschränkten dinglichen oder obligatorischen Rechts, sondern nur Anerkennung fremden Eigentums. Eigenbesitz ist nicht der Wille, die Sache unter Ausschluß fremder beschränkter dinglicher oder obligatorischer Rechte zu besitzen, sondern nur der Wille, die Sache unter Ausschluß fremden Eigentums zu besitzen.

V. Der Fremdbesitz, kein Tatbestandsmerkmal des § 868.

Um die Bedeutungslosigkeit der Unterscheidung Eigenbesitz - Fremdbesitz für die Konstruktion des mittelbaren Besitzes nachzuweisen, bleibt uns nur noch übrig, die gefundenen

---

1) Martens (NJW 1962, S. 1849) stellt zwar für den Eigenbesitz im Steuerrecht objektive Tatbestandsmerkmale ab, kommt aber ebenfalls zu dem Ergebnis, daß der Eigenbesitzer nur die für das Eigentum unerläßlichen Befugnisse behalten muß, um seinen Eigenbesitz zu wahren. Im übrigen muß auch Martens beim unrechtmäßigen Eigenbesitzer auf den Willen zurückgreifen.
2) So Rohde Abschn. XXI, S. 19; Wolff-Raiser § 7 II; Westermann § 12 II 2.
3) Dieser folgen auch die in Fußnote 2 genannten Autoren.

Tatbestandsmerkmale des mittelbaren Besitzes und den Inhalt des Eigen- bzw. Fremdbesitzes aneinander zu messen. Der herrschenden Meinung, Eigenbesitz schließe ein Besitzmittlungsverhältnis aus, ist zuzugeben, daß in aller Regel die Fälle des mittelbaren Besitzes so beschaffen sind, daß der mittelbare Besitzer Eigentümer und damit Eigenbesitzer, der Besitzmittler Nichteigentümer und damit - solange er das Eigentum des mittelbaren Besitzers anerkennt - Fremdbesitzer ist. Dieses Zusammentreffen beruht auf dem Lebensumstand, daß eben normalerweise der Eigentümer vermietet, verpachtet, hinterlegt und der Nichteigentümer mietet und pachtet. Für die rechtliche Konstruktion des mittelbaren Besitzes ist damit aber nichts gesagt [1].

Daß der mittelbare Besitzer nicht notwendig Eigenbesitzer oder gar Eigentümer sein muß, ergibt sich schon aus der Möglichkeit des § 871: Der Mieter, dem von seinem Untermieter der mittelbare Besitz vermittelt wird, ist Fremdbesitzer; er vermittelt seinerseits den Besitz an den Eigentümer, der Eigenbesitzer ist. Es braucht aber in der Besitzleiter des § 868 überhaupt kein Eigenbesitzer vorhanden zu sein: Der ehrliche Finder, der hinterlegt, ist Fremdbesitzer, dem vom Verwahrer der Besitz vermittelt wird, ohne daß der Finder in der Regel seinerseits dem Eigentümer den Besitz vermittelt.

In diesen Beispielen ist weder der Besitzmittler noch der mittelbare Besitzer Eigenbesitzer; sie genügen daher für unsere Beweisführung nicht. Paradebeispiel für die Erörterung unserer Frage ist der Fall des § 1052, Abs. II, Satz 2: der Eigentümer wird gerichtlich zum Verwalter des Nießbrauchs bestellt.

---

1) So auch Friebe S. 90.

Der Normalfall des Nießbrauchs ist in § 868 genannt; der Eigentümer ist mittelbarer Besitzer, der Nießbraucher vermittelt ihm den Besitz. Der Eigentümer ist Eigenbesitzer, der Nießbraucher Fremdbesitzer nach § 872. Außer Streit steht auch noch, daß im Falle der Bestellung eines Verwalters, der nicht der Eigentümer ist, eine Besitzleiter nach § 871 entsteht: Der Verwalter besitzt in einem ähnlichen Verhältnis der in § 868 bezeichneten Art [1] und vermittelt mittelbaren Besitz an den Nießbraucher, dieser vermittelt seinerseits auf Grund des Rechtsverhältnisses Nießbrauch mittelbaren Besitz an den Eigentümer. Nach § 872 sind Verwalter und Nießbraucher Fremdbesitzer, der Eigentümer ist Eigenbesitzer. Wird nun der Eigentümer zum Verwalter bestellt, bleibt es nach herrschender Meinung [2] bei der dargestellten Besitzleiter des § 871, nur daß nunmehr der Eigentümer gleichzeitig an zwei Stellen der Besitzleiter steht, einmal als Besitzmittler und dann als zweiter mittelbarer Besitzer. Als Besitzmittler ist er - immer nach herrschender Meinung - Fremdbesitzer, als zweiter mittelbarer Besitzer ist er Eigenbesitzer.

Diese Konstruktion ist schon deshalb unhaltbar, weil eine Person hinsichtlich derselben Sache nicht gleichzeitig Eigenbesitzer und Fremdbesitzer sein kann (vgl. oben IV). Dadurch, daß er aus zwei Gründen - doppelter? - Besitzer sein soll, wird seine Persönlichkeit nicht gespalten, er

---

1) Der Nachweis sei wegen der Übersichtlichkeit erlassen. In gleicher Weise lassen sich die Beispiele verwenden, daß der Eigentümer die vermietete Sache entleiht, oder in Verwahrung nimmt, oder der Fall des § 808 II, ZPO, daß der Gerichtsvollzieher die gepfändeten Sachen dem Schuldner überläßt.

2) Statt vieler Rohde Abschn. XXI, S. 19; Wolff-Raiser § 7 II; Westermann § 12 II 2.

kann immer nur eine von zwei entgegengesetzten Willensmöglichkeiten haben. Die genannte Konstruktion ist auch deshalb ausgeschlossen, weil dieselbe Person nicht gleichzeitig an zwei Stellen einer Besitzleiter stehen kann. Besitz ist tatsächliche Gewalt über die Sache (§ 854), im Falle des mittelbaren Besitzes wird die körperliche Innehabung ersetzt durch das Besitzmittlungsverhältnis, das die vergeistigte Sachherrschaft herstellt. Hat eine Person die körperliche tatsächliche Gewalt an der Sache, so ist eine Besitzvermittlung durch einen Dritten - den Nießbraucher - an sich selbst überflüssig und unlogisch, weil das Besitzcorpus, das § 868 vermitteln soll, durch die unmittelbare tatsächliche Gewalt schon vorhanden ist. Mehr als besitzen, d.h. die Gewalt über die Sache haben, kann und brauche ich nicht. Doppelbesitz einer Person an einer Sache ist ein Pleonasmus. Eine andere Auffassung wäre allenfalls bei der Annahme einer Fiktion für den mittelbaren Besitz gerechtfertigt, die wir mit der herrschenden Meinung oben II abgelehnt haben. Richtig kann daher für den Fall des § 1052 II 2 nur sein, daß der Eigentümer als Verwalter Besitzmittler des Nießbrauchers ist, der Nießbraucher ist mittelbarer Besitzer. Der Nießbrauch besteht zwar weiter, ist aber als Besitzmittlungsverhältnis, als Besitzcorpus für den Eigentümer überflüssig geworden, weil dieser die körperliche Gewalt über die Sache hat. Nach § 872 ist dabei der Eigentümer Eigenbesitzer, der Nießbraucher Fremdbesitzer[1]. Daran stößt sich nun die herrschende Meinung, daß der Besitzmittler Eigenbesitzer, der mittelbare Besitzer Fremdbesitzer sein soll. Deshalb greift sie zu der komplizierten und

---

1) So auch Strohal, Iherings DogmJahrb. Bd. 38, S. 27; Oertmann, Iherings DogmJahrb. Bd. 44, S. 224; Leonhard, S. 76.

wirklichkeitsfremden Figur der Besitzleiter nach § 871 mit dem Eigentümer als Besitzmittler und zweiten mittelbaren Besitzer. Der Eigenbesitzer kann aber die Kriterien des Besitzmittlers erfüllen, ohne seinen Eigenbesitz aufzugeben.

1) Besitzrechtsableitung des Eigenbesitzers.

Ursprüngliches und umfassendes Recht zum Besitz ist das Eigentum (§ 903 BGB). Bestellt aber der Eigentümer einen Nießbraucher, vermietet er die Sache usw., so begibt er sich dabei "auf Zeit" des Rechts zum unmittelbaren Besitz, das aus seinem Eigentum fließt, er wird mittelbarer Besitzer, ohne sein Eigentum und den Willen, die Sache als ihm gehörend haben zu wollen, aufzugeben. Der Nießbraucher oder Mieter hat ihm gegenüber ein Recht auf den Besitz (§§ 1036 I, 535 1), 986). Wird nun der Eigentümer zum Verwalter des Nießbrauchs bestellt, oder entleiht oder verwahrt er die vermietete Sache, so erlangt er wiederum unmittelbaren Besitz. Da aber Nießbrauch und Miete fortbestehen, kann nunmehr sein Recht zum unmittelbaren Besitz nicht das Eigentum sein, denn aus Eigentum hat er während des Bestehens von Miete und Nießbrauch kein Recht zum unmittelbaren Besitz. Das hat er freiwillig aufgegeben. Dem Nießbraucher oder Mieter stünden gegen ihn die Besitzschutzmittel zur Verfügung, wenn er versuchen wollte, sich in den unmittelbaren Besitz zu setzen. Als Verwalter, Verwahrer oder Entleiher seiner eigenen Sache leitet er nunmehr sein Recht zum unmittelbaren Besitz aus der gesetzlichen Verwalterstellung, aus dem Verwahrungs- oder Leihvertrag ab. Dieses Recht zum Besitz ist abgeleitet vom Nießbraucher

oder Mieter, der dem Eigentümer, durch den Verwahrungsvertrag z.B., das Recht zum unmittelbaren Besitz "auf Zeit" eingeräumt hat. Kündigt der Mieter den Verwahrungsvertrag, endet die Verwaltung des Nießbrauchs, so hat der Eigentümer, bei Fortbestehen von Miete und Nießbrauch, die Sache herauszugeben z.B. §§ 695, 1065, 985, weil er nur "vermöge" dieses Rechtsverhältnisses "auf Zeit" zum unmittelbaren Besitz verpflichtet oder berechtigt ist. Sein Recht zum Besitz aus Eigentum ist nach wie vor suspendiert. Das objektive Tatbestandsmerkmal der Besitzrechtsableitung hindert also das Bestehen des Eigenbesitzes nicht. Wir haben oben § 5, IV die zutreffende herrschende Meinung dargestellt, daß es für die Frage des Eigenbesitzes nicht auf die causa, den Rechtsgrund des Besitzes ankommt. Die causa kann also hier Verwaltungsrecht, Leih- oder Verwahrungsvertrag sein, ohne daß der Besitzer gehindert ist, Eigenbesitzer zu sein. Unmaßgeblich ist nach dem oben Gesagten auch der Zweck des Besitzes; der Eigenbesitzer muß nicht notwendig zum Zwecke der Ausübung des Eigentums besitzen, er kann also in den Beispielsfällen den Verwaltungszweck verfolgen, er kann den Besitz als Entleiher oder Verwahrer ausüben. Die Art des äußeren Habens ist nicht maßgebend. Allerdings verliert sie in diesen Fällen ihre Eigenschaft als Indiz für den allein entscheidenden inneren Willen. Die innere Gestaltung dieser Rechtsbeziehungen ist so komplex, daß die objektive Herrschaftslage keine Auskunft über den inneren Willen der Beteiligten mehr gibt.
Die sich daraus in einem Streit um das Recht ergebenden Schwierigkeiten bei der Anwendung des § 1006, insbes. der Widerspruch zur - widerlegbaren - Vermutung des § 1006 III, sind Beweisfragen des Petitoriums, [1] die die besitzrechtliche Konstruktion nicht berühren.

---

1) Daher vermag § 1006 III diese Konstruktion, wie Wolff-Raiser § 8 I 1b annimmt, nicht zu widerlegen. Im Falle der Verwaltung des Nießbrauchs hilft dem Eigentümer hier überdies § 1006, Abs. II in Verbindung mit der offenkundigen Tatsache der gerichtlich angeordneten Verwaltung, vgl. Bruns, S. 161; gleiches gilt für den Schuldner im Falle des § 808 II ZPO.

2) Die Anerkennung des mittelbaren Besitzers durch den Eigenbesitzer.

Kann nun der Besitzmittler in unseren Beispielsfällen die notwendige Anerkennung des mittelbaren Besitzers mit der Aufrechterhaltung seines Eigenbesitzerwillens vereinbaren? Die Anerkennung des mittelbaren Besitzers durch den Besitzmittler braucht in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Willenserfordernis des BGB-Besitzes (vgl. oben § 3) nur soweit zu reichen, daß subjektiv eine Kongruenz zum objektiven Tatbestand vorhanden ist.
Objektiver Tatbestand des § 868 ist die Existenz eines zweiten - mittelbaren - Besitzes (Doppelbesitz) an der Sache und ein Rechtsverhältnis der in § 868 beschriebenen Art, das den Inhalt des Besitzrechts des Mittlers gegenüber dem des mittelbaren Besitzers beschränkt und das Recht des Besitzmittlers vom mittelbaren Besitzer abhängig macht (Besitzrechtsableitung). Daß der Eigenbesitzer fremden Besitz an der Sache anerkennen kann, ergibt sich aus dem Normalfall des § 868; der Eigentümer, der vermietet, erkennt den Besitz des Mieters an, ohne seinen Eigenbesitz aufzugeben. Die Existenz des Doppelbesitzes nach § 868 wird dadurch, daß einer der Besitzer Eigenbesitzer ist nicht gehindert, weil der Eigenbesitzer nur fremdes Eigentum nicht anerkennen kann, wohl aber fremden Besitz. Mehr fordert aber § 868 auch nicht. Er sagt nur "so ist auch der andere Besitzer", also nicht Eigenbesitzer, nicht Eigentümer. Nur soweit braucht daher auch die Anerkennung des Besitzmittlers zu gehen.
Aus der gefundenen Definition (oben § 5, IV), daß Eigenbesitz der Wille des Besitzers ist, die Stellung des Eigentümers zur Sache zu haben, ergibt sich ferner, daß der Eigenbesitzer unbeschadet seines animus domini alle

diejenigen beschränkten Rechte Dritter im subjektiven Bereich anerkennen kann, die objektiv bestehen können, ohne daß der Eigentümer sein Eigentum verliert.
Wenn daher der Eigentümer, wie oben § 5 V 1) festgestellt, in unseren Beispielsfällen auf Grund abgeleiteten Rechts besitzen kann, ohne sein Eigentum aufzugeben, so kann der Eigenbesitzer diese aus der objektiven Besitzrechtsableitung sich ergebende subjektive Unterordnung anerkennen und doch Eigenbesitzer bleiben, weil diese subjektive Einstellung objektiv mit der Stellung des Eigentümers vereinbar ist.
Vom Eigenbesitzer wird im Falle des § 1052 II 2 verlangt, daß er anerkennt, in Ausübung des Besitzmittlungsverhältnisses "gerichtlich bestellte Verwaltung des Nießbrauchs" zu besitzen. Diese Anerkennung berührt seine Einstellung zum Eigentum an der Sache nicht. Er kann und will Eigentümer bleiben, deshalb besitzt er "als ihm gehörend". Die Anerkennung seines für die Zeit der Verwaltung inhaltlich durch diese bestimmten und beschränkten Rechts zum Besitz besagt nur, daß er für diese Zeit und diesen Fall nicht das umfassende Besitzrecht des Eigentümers ausüben will, sondern das beschränkte des Verwalters und daß er den Zweck, den ihm sein beschränktes Recht zum Besitz auferlegt, respektieren will. Die Beschränkung seines Rechts zum Besitz kann er, wie jeder Eigentümer und damit jeder Eigenbesitzer eingehen, ohne seinen animus domini aufzugeben. Welches Recht zum Besitz er ausübt und welchen Zweck er mit seinem Besitz verfolgt, ist für die Frage des Eigenbesitzes gleichgültig (vgl. oben § 5 IV).
Entsprechendes gilt für die übrigen Beispielsfälle. Allen ist gemeinsam, daß der Eigentümer, der als solcher das originäre und umfassende Recht zum Besitz hat, hier nicht auf Grund seines Eigentums, sondern auf Grund eines von

einem Dritten abgeleiteten Besitzrechts besitzt, wobei der Dritte seinerseits sein Recht zum Besitz vom Eigentümer ableitet. Die Beispiele haben ferner gemeinsam, daß das Rechtsverhältnis, aus dem der Eigentümer sein beschränktes Besitzrecht herleitet, objektiv ohne weiteres unter die Regel des § 868 fällt (Verwaltung des Nießbrauchs, Leihe, Verwahrung). Die Untersuchung des subjektiven Tatbestands hat gezeigt, daß die Eigentümer auch die subjektiven Voraussetzungen erfüllen, die für das Besitzmittlungsverhältnis erforderlich sind, weil § 868 die Frage nach dem Eigentum und damit nach dem Eigenbesitz an der Sache nicht stellt. Solange daher ein dem § 868 entsprechendes Rechtsverhältnis vorhanden ist, welches das Recht des Besitzmittlers zum Besitz in der geschilderten Weise vom mittelbaren Besitz abhängig macht, kommt es auf die Frage des Eigenbesitzes nicht an.
Damit ist aber festgestellt, daß der Fremdbesitz kein Tatbestandsmerkmal des § 868 ist. Die Unterscheidungen Eigenbesitz - Fremdbesitz, mittelbarer Besitz und unmittelbarer Besitz nach § 868 gehören verschiedenen Ebenen an, sie sind "als ganz verschiedenartige Einteilungen desselben Begriffes anzusehen, ähnlich, wie man ein Brett lang und quer teilen kann" [1].
Damit bildet auch § 868 keine Ausnahme vom allgemeinen Prinzip der Aufgabe des animus domini im BGB. Eigenbesitz und Fremdbesitz bleiben auf ihre in § 3 festgelegte Funktion außerhalb des Besitzrechts beschränkt. Die herrschende Lehre, die diese Trennung nicht durchführt, folgt, unseres Erachtens zu Unrecht, den im Problem ähnlichen, dogmatisch aber grundverschiedenen Konstruktionen des römischen und gemeinen Besitzrechts.

---

1) Friebe, S. 73.

§ 6 Der Besitzzweck, kein Kriterium der "Ähnlichkeit" im Sinne des § 868

Wir haben oben § 2 Verwaltungs-, Amts- und auch Nutzbesitz entsprechend ihrer historischen Herkunft und den Definitionen ihrer Erfinder als Besitzarten gekennzeichnet, die den besonderen Besitzzweck des Fremdbesitzes bezeichnen und damit im Gegensatz zum Eigenbesitz des § 872 stehen. Diese Systematik war folgerichtig, solange man, wie die ältere Literatur, den Eigenbesitz als Besitz zum Zwecke der Ausübung des Eigentums ansah; man konnte dann richtig für den Nichteigenbesitz zu anderen Zwecken wie Strohal aaO (vgl. oben § 2) besondere Begriffe aufstellen.
Die Feststellungen in § 5, IV zur Natur des Eigenbesitzes haben aber gezeigt, daß der Besitzzweck für die Frage, ob Eigenbesitz oder Fremdbesitz vorliegt, gleichgültig ist. Wir haben sogar festgestellt, daß der Eigentümer im Falle des § 1052 II 2 als Eigenbesitzer zum Zwecke der Verwaltung besitzt und damit eigentlich als Verwaltungsbesitzer zu bezeichnen wäre, wenn nicht die Strohal'sche Definition des Verwaltungsbesitzes sich auf den Fremdbesitz beschränkte. Damit zeigt sich aber vollends, daß das System dieser Besitzarten in die Besitzrechtslehre des BGB dogmatisch nicht mehr eingeordnet werden kann, weil es nur aus dem Begriff des Besitzes mit animus domini im römischen und gemeinen Recht erklärlich ist.
Wenn nun auch der Fremdbesitz kein Kriterium der Besitzvermittlung nach § 868 ist, so bleibt doch zu untersuchen, welche Bedeutung den Besitzarten nach dem Besitzzweck insoweit zukommt, als die "Ähnlichkeit" der zur Besitzvermittlung geeigneten Rechtsverhältnisse nach § 868 darin bestehen könnte, daß sie ähnliche Besitzzwecke zum Inhalt haben müssen. Mit anderen Worten: Rechtfertigt der Umstand,

einem Dritten abgeleiteten Besitzrechts besitzt, wobei der Dritte seinerseits sein Recht zum Besitz vom Eigentümer ableitet. Die Beispiele haben ferner gemeinsam, daß das Rechtsverhältnis, aus dem der Eigentümer sein beschränktes Besitzrecht herleitet, objektiv ohne weiteres unter die Regel des § 868 fällt (Verwaltung des Nießbrauchs, Leihe, Verwahrung). Die Untersuchung des subjektiven Tatbestands hat gezeigt, daß die Eigentümer auch die subjektiven Voraussetzungen erfüllen, die für das Besitzmittlungsverhältnis erforderlich sind, weil § 868 die Frage nach dem Eigentum und damit nach dem Eigenbesitz an der Sache nicht stellt. Solange daher ein dem § 868 entsprechendes Rechtsverhältnis vorhanden ist, welches das Recht des Besitzmittlers zum Besitz in der geschilderten Weise vom mittelbaren Besitz abhängig macht, kommt es auf die Frage des Eigenbesitzes nicht an. Damit ist aber festgestellt, daß der Fremdbesitz kein Tatbestandsmerkmal des § 868 ist. Die Unterscheidungen Eigenbesitz - Fremdbesitz, mittelbarer Besitz und unmittelbarer Besitz nach § 868 gehören verschiedenen Ebenen an, sie sind "als ganz verschiedenartige Einteilungen desselben Begriffes anzusehen, ähnlich, wie man ein Brett lang und quer teilen kann" [1]. Damit bildet auch § 868 keine Ausnahme vom allgemeinen Prinzip der Aufgabe des animus domini im BGB. Eigenbesitz und Fremdbesitz bleiben auf ihre in § 3 festgelegte Funktion außerhalb des Besitzrechts beschränkt. Die herrschende Lehre, die diese Trennung nicht durchführt, folgt, unseres Erachtens zu Unrecht, den im Problem ähnlichen, dogmatisch aber grundverschiedenen Konstruktionen des römischen und gemeinen Besitzrechts.

---

1) Friebe, S. 73.

§ 6 Der Besitzzweck, kein Kriterium der "Ähnlichkeit" im Sinne des § 868

Wir haben oben § 2 Verwaltungs-, Amts- und auch Nutzbesitz entsprechend ihrer historischen Herkunft und den Definitionen ihrer Erfinder als Besitzarten gekennzeichnet, die den besonderen Besitzzweck des Fremdbesitzes bezeichnen und damit im Gegensatz zum Eigenbesitz des § 872 stehen. Diese Systematik war folgerichtig, solange man, wie die ältere Literatur, den Eigenbesitz als Besitz zum Zwecke der Ausübung des Eigentums ansah; man konnte dann richtig für den Nichteigenbesitz zu anderen Zwecken wie Strohal aaO (vgl. oben § 2) besondere Begriffe aufstellen.
Die Feststellungen in § 5, IV zur Natur des Eigenbesitzes haben aber gezeigt, daß der Besitzzweck für die Frage, ob Eigenbesitz oder Fremdbesitz vorliegt, gleichgültig ist. Wir haben sogar festgestellt, daß der Eigentümer im Falle des § 1052 II 2 als Eigenbesitzer zum Zwecke der Verwaltung besitzt und damit eigentlich als Verwaltungsbesitzer zu bezeichnen wäre, wenn nicht die Strohal'sche Definition des Verwaltungsbesitzes sich auf den Fremdbesitz beschränkte. Damit zeigt sich aber vollends, daß das System dieser Besitzarten in die Besitzrechtslehre des BGB dogmatisch nicht mehr eingeordnet werden kann, weil es nur aus dem Begriff des Besitzes mit animus domini im römischen und gemeinen Recht erklärlich ist.
Wenn nun auch der Fremdbesitz kein Kriterium der Besitzvermittlung nach § 868 ist, so bleibt doch zu untersuchen, welche Bedeutung den Besitzarten nach dem Besitzzweck insoweit zukommt, als die "Ähnlichkeit" der zur Besitzvermittlung geeigneten Rechtsverhältnisse nach § 868 darin bestehen könnte, daß sie ähnliche Besitzzwecke zum Inhalt haben müsssen. Mit anderen Worten: Rechtfertigt der Umstand,

daß die in § 868 genannten Besitzmittler Nutzbesitzer (Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter) oder Verwaltungsbesitzer (Verwahrer) sind, den Schluß, daß Nutzbesitz oder Verwaltungsbesitz, also Besitz zum Zwecke der Nutzung oder Verwaltung, ein Kriterium der Ähnlichkeit i.S. von § 868 ist?

Nach dem Wortlaut des § 868 bezieht sich das Erfordernis der Ähnlichkeit auf das Rechtsverhältnis, das zwischen Besitzmittler und mittelbarem Besitzer bestehen muß. Der Bestand und der Inhalt des Rechtsverhältnisses sind objektive Kriterien, der Besitzzweck ein subjektives. Er ist unabhängig von einem etwa zugrundeliegenden Rechtsverhältnis und wird allein durch den Willen des Besitzers bestimmt. Ohne Rücksicht auf das Vorhandensein und den Inhalt eines Rechtsverhältnisses kann der unmittelbare Besitzer jeden denkbaren Besitzzweck verfolgen (der Täter des furtum usus besitzt zum Zwecke der Nutzung).

Wenn also der Besitzzweck für die Ähnlichkeit der Rechtsverhältnisse eine Bedeutung haben soll, so kann es nur auf den Besitzzweck des ehrlichen Besitzers ankommen, der zu dem Zweck besitzt, der seinem Recht zum Besitz und dem Rechtsverhältnis, aus dem dieses sich herleitet, entspricht. Der Besitzzweck des ehrlichen Besitzers wird ausschließlich bestimmt durch das Recht zum Besitz und durch den Inhalt des Rechtsverhältnisses. Unsere Frage, ob die Besitzzwecke der Besitzmittler ähnlich sein müssen, läßt sich daher objektivieren und ersetzen durch die Frage, ob die Ähnlichkeit der in § 868 bezeichneten Rechtsverhältnisse darin bestehen muß, daß dem Besitzmittler durch das Rechtsverhältnis ein Nutzungs- oder Verwaltungsrecht verliehen wird.

Damit wird auch eine Präzisierung der Fragestellung erreicht; die Untersuchung des objektiven Inhalts des Rechtsverhältnisses und des Rechts zum Besitz kann immer exakter sein, als die Untersuchung der subjektiven Vorstellung des Besitzers. Dies zeigt deutlich, das Beispiel des Pfandgläubigers. Während wir ihn bei der Frage nach dem Besitzzweck unbedenklich in die Reihe der Nutzbesitzer einreihen können, weil er das Faustpfand zum eigenen Nutzen, in eigenem Interesse, besitzt, bedarf die Frage, ob er ein Nutzungsrecht hat, bereits sorgfältiger Prüfung nach der Vorschrift des § 1213. In erster Linie hat er ein Pfandrecht und sein Besitzzweck ist die Ausübung dieses Pfandrechts. Eine Schematisierung der Besitzzwecke stößt auch hier wieder auf Schwierigkeiten.

Die Besitzrechtslehre, der die Auslegung der "ähnlichen Verhältnisse" überlassen war, hat denn richtig auch das Erfordernis der Ähnlichkeit nicht im Zweck des dem Besitzmittler verliehenen Rechts gefunden. Vielmehr hat man in der Erkenntnis, daß im Rechtsverhältnis die vergeistigte Sachherrschaft des mittelbaren Besitzers zum Ausdruck kommen muß, die Ähnlichkeit aller Besitzmittlungsverhältnisse darin gesehen, daß das Rechtsverhältnis dem Besitzmittler nur ein abgeleitetes, untergeordnetes, anvertrautes Recht zum Besitz verleihen darf [1].

Allein in diesen Merkmalen muß die Ähnlichkeit aller Besitzmittlungsverhältnisse vorhanden sein, weil sich danach die Frage entscheidet, ob die Rechtsbeziehung des Besitzmittlers zum mittelbaren Besitzer geeignet ist, dem mittelbaren Besitzer eine mittelbare Macht über die Sache und damit mittelbaren Besitz zu gewährleisten.

Das BGB hat durch die allgemeine Konstruktion des mittelbaren Besitzes im Gegensatz zum abgeleiteten

---

1) Vgl. oben § 5, III.

Besitz des römischen Rechts eine nach Zweckmäßigkeitserwägungen bestimmte kasuistische Beschränkung auf einzelne Besitzzwecke vermeiden können, weil für den Besitz auf der Grundlage der Gewere eine mittelbare Sachherrschaft konstruktiv möglich war, während für den Besitz auf der Grundlage des animus domini nur die Fiktion den Besitz dem Inhaber ohne animus domini zuerkennen konnte. Wenn auch Nutzungs- und Verwaltungsrechte die Unterordnung des Besitzmittlers unter den mittelbaren Besitzer am häufigsten aufweisen, so ist die Besitzvermittlung doch nicht auf sie beschränkt.

Das Recht zum Besitz ist etwa beim Eigentumsvorbehaltskäufer das Anwartschaftsrecht auf Eigentum, sein Besitzzweck ist die Ausübung dieses Anwartschaftsrechts. Seine Beziehung zum Verkäufer enthält jedoch die Kriterien des ähnlichen Verhältnisses in § 868, weil sein Recht zum Besitz abgeleitet, beschränkt und dem Verkäuferrecht Eigentum untergeordnet ist. Er vermittelt deshalb den Besitz. Entsprechendes gilt für den Kommissionär, den Beauftragten, den Sicherungsgeber bei der Sicherungsübereignung, die Besitzmittler sein können, ohne daß ihr Recht zum Besitz sich nach bestimmten Zweckkategorien schematisieren ließe. Die differenzierte Unterscheidung, wann im Falle der Sicherungsübereignung ein Besitzmittlungsverhältnis vorliegt [1], zeigt einmal mehr, daß das grobe Werkzeug des Besitzzwecks auf den subtilen Tatbestand des § 868 nicht angewendet werden kann.

Damit sind Verwaltungsbesitz und Nutzbesitz keine Tatbestandsmerkmale des unmittelbaren Besitzes nach § 868. Der Besitzmittler kann Nutzbesitzer oder Verwaltungsbesitzer sein, muß es aber nicht sein.

---

1) Vgl. Wolff-Raiser § 67 I 1.

§ 7 Die Besitzmittlungsverhältnisse der Amtsbesitzer

Nach dem Ergebnis der §§ 5 und 6 der Abhandlung ist es für die Frage, ob Besitzvermittlung nach § 868 vorliegt, gleichgültig, ob der Besitzmittler Eigenbesitz, Fremdbesitz, Verwaltungsbesitz oder Nutzbesitz hat.
Für die Untersuchung der Besitzvermittlung bei den Fremd-, Verwaltungs- und Amtsbesitzern ergibt sich daraus, daß mit der Zugehörigkeit des Einzelfalles zu einer dieser Besitzarten für die Entscheidung der Frage, ob der Hintermann mittelbaren Besitz hat, ob ein Besitzmittlungsverhältnis vorliegt, nichts gewonnen ist. Eine pauschale Feststellung, daß etwa alle Verwaltungsbesitzer demjenigen, für den sie verwalten, den Besitz vermitteln, läßt sich nicht treffen. Auch hier helfen uns diese Besitzarten nicht weiter, weil ihre Kriterien für die Konstruktion des mittelbaren Besitzes nichts besagen. Unabhängig von der Zugehörigkeit zu einer dieser Besitzarten muß daher der Einzelfall auf die Tatbestandsmerkmale des § 868 geprüft werden, um festzustellen, welche Fremd- und Verwaltungsbesitzer den Besitz vermitteln [1].
Diese Subsumption der Einzelfälle des Fremd- und Verwaltungsbesitzes unter die Tatbestandsmerkmale des § 868, die den allgemeinen besitzrechtlichen Regeln folgt, kann im Einzelfall schwierig sein, es ergeben sich aber keine allgemeinen und gemeinsamen besitzrechtlichen Besonderheiten, die hier der Erörterung bedürften. Die Prüfung der Einzelfälle wird zwar ergeben, daß Fremd- und Verwaltungsbesitzer in der Regel die Tatbestandsmerkmale des § 868 erfüllen, es zeigt sich aber auch, daß - um nur zwei Beispiele zu nennen - der Fremdbesitzer Finder dem Verlierer nicht den Besitz vermittelt [2], oder daß es von

---

1) Rosenberg Sachenrecht § 868 II 2b, S. 125,
2) h.M. statt vieler RG JR 1927 Nr. 1114; Wolff-Raiser § 8 I 1a und dort zitierte Nachweise.

der Vereinbarung eines konkreten Besitzkonstituts abhängt, ob der Frembesitz des Verkäufers, der nach der Übereignung die Kaufsache lagert, zur Besitzvermittlung an den Käufer dienen kann[1].

I. Das Besitzmittlungsverhältnis kraft Gesetzes

Für den Sonderfall des Verwaltungsbesitzes, den Amtsbesitz, gelten grundsätzlich die gleichen Erwägungen. Auch hier kann nur durch Subsumption des Einzelfalles unter die Tatbestandsmerkmale des § 868 festgestellt werden, welche Amtsbesitzer demjenigen, für den sie besitzen, den Besitz vermitteln. Weder die Einordnung des Einzelfalles des Amtsbesitzes unter die Oberbegriffe Fremdbesitz und Verwaltungsbesitz (vgl. oben I), noch die Besonderheit der durch Gesetz begründeten Rechtsbeziehung zum Hintermann, präjudizieren das Ergebnis dieser Prüfung. Durch die jeweiligen gesetzlichen Bestimmungen (vgl. oben § 2, II, S. 6), die das Recht zum Amtsbesitz begründen, und inhaltlich bestimmen, wird die Rechtsbeziehung zum Hintermann zwar abschließend geregelt und der Parteidisposition weitgehend entzogen; das Gesetz bestimmt aber nicht, daß z.B. der Erbe bei der Testamentsvollstreckung oder Nachlaßverwaltung mittelbarer Besitzer ist. Es schweigt vielmehr über die besitzrechtliche Beziehung des Erben zur Sache, wenn der Testamentsvollstrecker den unmittelbaren Besitz ergriffen hat[2]. Es gelten also die allgemeinen besitzrechtlichen Regeln, hier § 868[3].

---

1) RGZ 106, S. 86 (87, 88).
2) Gleiches gilt für die anderen Fälle des Amtsbesitzes.
3) Vgl. Stein, Grundfragen S. 31, für den Gerichtsvollzieher.

Auch macht es für die Frage, ob gem. § 868 ein Besitzmittlungsverhältnis vorliegt, keinen Unterschied, ob das Rechtsverhältnis durch Gesetz oder durch Vertrag entstanden ist. Die in § 868 genannten Besitzmittlungsverhältnisse sind zwar vertraglicher Natur, die Kriterien der "Ähnlichkeit" (vgl. oben § 5, III) i.S. von § 868 lassen aber offen, auf welche Weise das Verhältnis zustandegekommen ist, es kann also auch kraft Gesetzes entstanden sein[1].

1) Die Besitzrechtsableitung bei den Besitzmittlungsverhältnissen der Amtsbesitzer.

Die Kritik Rosenbergs[2] am Tatbestandsmerkmal der Besitzrechtsableitung, das er u.a. deshalb ablehnt, weil es auf Testamentsvollstrecker und Konkursverwalter (Amtsbesitzer !) nicht zutreffe, greift u.E. nicht durch. Die Besitzrechtsableitung (vgl. oben § 5, III, 2) ist allen in § 868 genannten Besitzmittlungsverhältnissen gemeinsam. Wenn sie auf Testamentsvollstrecker und Konkursverwalter nicht passen würde, könnte dies nur den Schluß rechtfertigen, daß hier ein Besitzmittlungsverhältnis nicht vorliegt, nicht aber, daß die Besitzrechtsableitung als Tatbestandsmerkmal unbrauchbar ist. Feststehende Größe in dieser Gleichung ist zunächst nicht das Bestehen eines Besitzmittlungsverhältnisses Erbe - Testamentsvollstrecker, sondern das Tatbestandsmerkmal der Besitzrechtsableitung. Es ist durch Auslegung des § 868 gewonnen, während sich das Vorliegen eines Besitzmittlungsverhältnisses zwischen

---

1) h.M. statt vieler Staudinger-Seufert, § 868 II 2; Westermann § 18 2.
2) Sachenrecht § 868 II 2c, S. 128.

Testamentsvollstrecker und Erben erst aus der Subsumption des Einzelfalles ergeben kann, die der Auslegung nachfolgt. Die Besitzrechtsableitung setzt aber nicht notwendig ein vertraglich entstandenes Rechtsverhältnis voraus. Dies zeigt der Fall der gesetzlichen Besitzpfandrechte (vgl. §§ 397, 410, 421, 440 HGB). Das Gesetz ersetzt in diesem Falle nur den Entstehungstatbestand des Rechtsverhältnisses. Das Rechtsverhältnis bleibt nach Art und Inhalt unverändert, § 1257. Art und Inhalt aber sind maßgebend für die Frage, ob das Besitzrecht des Besitzmittlers dem des mittelbaren Besitzers untergeordnet, seinem Oberrecht gegenüber inhaltlich beschränkt ist, ob eine Rechtsbeziehung zum mittelbaren Besitzer vorliegt, -"vermöge deren" (vgl. § 868) - und nicht originär kraft eigenen Rechts - der Besitzmittler zum Besitz berechtigt ist. Diese Merkmale schaffen das Tatbestandsmerkmal der Besitzrechtsableitung. Sind sie vorhanden, kommt es auf die Entstehung des Rechtsverhältnisses nicht an. In diesen Fällen "geht zwar das Recht zum Besitz nicht von den Personen direkt aus, aber das Gesetz läßt es von ihnen ausgehen, ähnlich wie ein Richterspruch eine Willenserklärung ersetzt"[1].

Typische Beispiele sind hierfür bei den Amtsbesitzern der Vormund und der Pfleger, bei denen die gesetzliche Begründung des Rechtsverhältnisses zum Mündel nur als Ersatz für den fehlenden vernünftigen Willen des Mündels dient. Hätte der Mündel diesen Willen, würde er für die Besorgung seiner Angelegenheiten, die er selbst nicht besorgen kann, rechtsgeschäftlich eine Person bestellen, die dann etwa als Beauftragter in einem Rechtsverhältnis zu ihm stünde, aus dem sich die Besitzrechtsableitung ergäbe. Der Vormund oder Pfleger kann und muß u.U. zwar gegen den - unvernünf-

---

1) Brockhoff, S. 36.

tigen - Willen des Mündels handeln, er ist aber wie der rechtsgeschäftlich Beauftragte immer verpflichtet, nach dem vernünftigen Interesse des Mündels und nur nach diesem zu handeln. Insoweit gilt also für ihn nichts anderes.

2) Die Notwendigkeit des subjektiven Tatbestandsmerkmals der "Anerkennung" des mittelbaren Besitzers auch für die Besitzmittlungsverhältnisse der Amtsbesitzer.

Schließlich gilt auch für das Tatbestandsmerkmal der Anerkennung des mittelbaren Besitzers durch den Besitzmittler im Falle des Amtsbesitzes keine Ausnahme. Oben in § 5, III, 1) ist dargelegt, daß zum Fortbestand des mittelbaren Besitzes der andauernde Wille des Besitzmittlers, für den mittelbaren Besitzer zu besitzen, erforderlich ist. Neben den Autoren, die diese Anerkennung nur objektiv als Inhalt des Besitzmittlungsverhältnisses fordern, und die Möglichkeit, daß der Besitzmittler den mittelbaren Besitz durch eine Willensänderung zerstören kann, leugnen [1] und damit die Möglichkeit des mittelbaren Nebenbesitzes einräumen, nimmt nun der BGH [2] an, daß das Tatbestandsmerkmal der Anerkennung "nur in den Fällen (gilt), in denen der mittelbare Besitz auf einem schuldrechtlichen oder dinglichen Vertragsverhältnis beruht, das von dem Willen der Beteiligten abhängig ist". Damit ist im konkreten Fall für den Verwalter eines Erbhofes, allgemein für die Fälle des Amtsbesitzes, die der Parteidisposition weitgehend entzogen sind und auf Gesetz beruhen, ausgesprochen, daß eine Willensänderung dieser Besitzmittlung nicht zum Besitzverlust führt [3].

---

1) Vgl. Nachweise oben § 5, III 1).
2) BGHZ Bd. 9 S. 73 (78).
3) Anm. Staudinger-Seufert, § 868 V 2c; BGH in MDR 1954, S. 95; BayObLG RdL 1953, S. 274.

"BGH und BayObLG halten Besitzmittlungsverhältnis und Besitz nicht auseinander" [1].

Gleichgültig, ob das Recht des Mittlers zum Besitz auf Vertrag oder Gesetz beruht, ob Vertragsfreiheit gegeben ist oder nicht, die Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Besitzmittlers kann immer nur ein rechtliches Nicht-Dürfen, nicht aber ein tatsächliches Nicht-Können bedeuten. Es mag rechtsethisch unbefriedigend sein [2], der Unterschlagung durch den Mieter, den Gerichtsvollzieher oder Testamentsvollstrecker besitzrechtliche Wirkung zuschreiben zu müssen; solange aber der Besitz noch etwas mit den tatsächlichen Gewaltsverhältnissen an der Sache zu tun hat, und nicht nur eine - dann allerdings überflüssige - Rechtsbeziehung zur Sache ist, geht er unter, wenn dem unmittelbaren Besitzer die tatsächliche Gewalt [3], und dem mittelbaren Besitzer das Surrogat der tatsächlichen Gewalt, das Besitzmittlungsverhältnis, entzogen wird. Zum Besitzmittlungsverhältnis gehört aber nicht nur das obligatorische, dingliche oder gesetzliche Rechtsverhältnis zwischen Besitzmittler und mittelbarem Besitzer, sondern auch die Anerkennung des mittelbaren Besitzers, weil das bloße Rechtsverhältnis zwar die rechtliche, nicht aber die tatsächliche Bindung i.S. der vergeistigten Sachherrschaft garantiert. Für den mittelbaren Besitz im allgemeinen folgt auch der BGH, wie sich aus der genannten Entscheidung ergibt, der Erwägung, daß mittelbarer Besitz ohne den Willen des Besitzmittlers nicht möglich sei. Wenn aber dieser Wille des Besitzmittlers ein tatsächliches subjektives Moment außerhalb oder zusätzlich zum Rechtsverhältnis zwischen Besitzmittler und mittelbarem Besitz ist, so läßt sich mit dem

---

1) Röthelmann in Anm. zu BGH MDR 1954, S. 95, aaO S. 96.
2) Boehmer, S. 41.
3) Unbeschadet der Besitzrechtsansprüche.

Argument der gesetzlichen Beschränkung der Vertragsfreiheit, das gerade die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien betrifft, dieses Willenserfordernis nicht beseitigen [1]. Dadurch wird zwar die rechtliche Bindung des Konkursverwalters z.B. stärker als etwa die des Mieters; die tatsächliche Möglichkeit, die Sache unter Bruch dieser rechtlichen Bindung zu usurpieren, bleibt die gleiche. Der Widerstreit zwischen Pflicht und Macht kann nur durch die Entscheidung des Besitzmittlers selbst gelöst werden; in seinem Willen kann er nicht gebunden werden. Auch der durch einen Amtsbesitzer vermittelte mittelbare Besitz geht daher dann unter, wenn der Besitzmittler nicht mehr für den mittelbaren Besitzer besitzen will.

II. Die besondere Problematik der Besitzmittlungsverhältnisse einzelner Amtsbesitzer.

Wenn wir uns nach alledem hier mit der Feststellung begnügen könnten, daß auch für den Amtsbesitzer bei der Frage nach der Besitzvermittlung nichts anderes gilt, als für jeden anderen Fall des Besitzes, so soll doch noch auf die besonderen Schwierigkeiten eingegangen werden, die sich bei der Subsumption der Einzelfälle des Amtsbesitzes aus den öffentlich-rechtlichen Besonderheiten dieser Rechtsfiguren ergeben. Hier, wie überall, wo sich Zivilrecht und öffentliches Recht berühren, bedarf der Konflikt zwischen den Rechtsfiguren des BGB und der ihnen fremden ratio des Verfahrensrechts einer Ausgleichung. Schon diese allgemeine Erwägung legt den Schluß nahe, daß die besitzrechtliche Einordnung der Einzelfälle des Amtsbesitzes umso leichter sein wird, je mehr die Rechtsbeziehungen der Beteiligten privatrechtlichen Rechtsfiguren gleichen und sich der hoheitliche Eingriff in der beim Vormund und Pfleger geschilderten Weise (oben I, 1) darauf beschränkt, aus dem

---

1) Unzutreffend ist daher auch die vom RG in RGZ 135, S. 75 (78) vertretene Argumentation, das Tatbestandsmerkmal der Anerkennung folge aus der Vertragsfreiheit.

Gesichtspunkt staatlicher Fürsorge - freiwillige Gerichtsbarkeit - Verwalter einzusetzen und zu überwachen, die nur im vernünftigen Privatinteresse handeln, und deren Verwaltungs- und Besitzrecht ausschließlich diesem Einzelinteresse untergeordnet ist.

Neben Vormund und Pfleger gelten diese Grundsätze für den Testamentsvollstrecker, die gerichtlich bestellten Verwalter der §§ 432, 1052, 1054, 1217, 2038, die Sequester der §§ 848, 855, 938 ZPO, die nur treuhänderisch verwalten und verwahren, und für das öffentlich-rechtliche Verwahrungsverhältnis bei der Hinterlegung. Die Rechtsbeziehungen dieder Amtsbesitzer zu denjenigen, für die sie besitzen in Bezug auf den Besitz an der Sache, lassen sich unschwer auf die schuldrechtliche Verwahrung oder den Auftrag zurückführen, wobei zwar der Entstehungstatbestand, nicht aber der Inhalt des Rechts zum Besitz unterschiedlich ist. Die Lehre bejaht daher für diese Fälle zu Recht das Vorliegen eines Besitzmittlungsverhältnisses [1].

Erheblich größere Schwierigkeiten bei der Einordnung unter § 868 bereiten jene Fälle, bei denen das Besitzrecht des Amtsbesitzes nicht mehr dem Privatinteresse des Einzelnen untergeordnet ist, bei denen an die Stelle einer treuhänderischen Verwaltung als Fürsorgemaßnahme die hoheitliche Beschlagnahme als staatliche Ordnungs- und Zwangsmaßnahme tritt.

---

1) a) Für Vormund und Pfleger statt vieler Wendt, Arch. f. zivPrax., Bd. 87, S. 61; Leonhard, S. 62; Palandt-Bassenge § 868, Anm. 2c bb; RGRK § 868, Anm. 12; Staudinger-Seufert § 868 III 2b. Für den Nachlaßpfleger eingehend Hörle ZBIFG Bd. 9, S. 756 ff; a.M. Förtsch, Gruchbeitr. Bd. 43, S. 545, mit einer Konstruktion, wonach die gesetzlichen Vertreter den Besitz für den Vertretenen nur betätigen; a.M. ferner Stronal, Iherings Dogmajahrb. Bd. 38, S. 15.

b) Für Testamentsvollstrecker statt vieler BGH in LM Nr. 1 zu § 2203.

c) Für die gerichtlich bestellten Verwalter Stronal aaO, S. 15; Ronge Absgm. XXIII, S. 59 ff.

d) Für den Sequester BG in HRR 1934 Nr. 1058 zu § 938 ZPO; a.M. für den Verwaltungsbesitz Amtsbesitz insgesamt Kreß, S. 218 ff, insbes. S. 223. Danach haben diese Personen sogar juristischen Besitz.

Die Grenzen zwischen beiden Gruppen sind fließend. Während die Lehre noch einhellig ein Besitzmittlungsverhältnis zwischen Nachlaßverwalter und Erben [1], Zwangsverwalter und Grundstückseigentümer [2] bejaht, erheben sich gegen die herrschende Meinung, daß zwischen Gemeinschuldner und Konkursverwalter ein Besitzmittlungsverhältnis besteht [3], bereits gewichtige Gegenstimmen [4].
Kein Besitzmittlungsverhältnis besteht nach herrschender Meinung beim Amtsbesitz auf Grund behördlicher Beschlagnahme "zur Verfügung" nach Reichsleistungsgesetz [5] oder auf Grund §§ 94 ff StPO [6].
Allgemeine Regeln lassen sich hier schon deshalb nicht aufstellen, weil die Rechtsverhältnisse, die den Einzelfällen des Amtsbesitzes zugrunde liegen, zu differenziert sind, als daß sie bei der schwierigen und subtilen Konstruktion des § 868 schlechthin gleich behandelt werden könnten. Da andererseits eine eingehende Prüfung aller Einzelfälle des Amtsbesitzes den Rahmen der Arbeit sprengen würde, soll am Beispiel des Gerichtsvollziehers dargelegt werden, welche Probleme die Einordnung des weitgehend öffentlich-rechtlich gestalteten Amtsbesitzes in die Systematik des BGB-Besitzrechts aufwirft.

---

1) Staudinger-Seufert § 868 III 2i; Rosenberg Sachenrecht § 868 II 2d, S. 131; Staudinger-Lehmann § 1985 II 1; Lange § 51 I, 4f.
2) Rosenberg aaO mit weiteren Nachweisen; Jaeckel-Güthe zu § 150 ZVG, Anm. 7; Wilhelmi-Vogel, Anm. 5d zu § 150 ZVG.
3) Vgl. Jaeger-Weber zu § 117 KO, Anm. 6 mit weiteren Nachweisen; Mothes, S. 100.
4) Insbes. Voß ZZP Bd. 34, S. 193 ff, der allerdings keine Lösung secundum legem findet; Bendix, Das Recht 4. Jahrgang 1900, S. 45 ff; Kniep, S. 147 ff; ebenso Kreß und Fortsch aaO Fußnote S. 50, beide mit einer Lösung außerhalb des BGB-Besitzrechts.
5) OLG Düsseldorf in JZ 1951, S. 269 mit Anm. Raiser.
6) Staudinger-Seufert § 868 III 2c; Mothes, S. 94; Warn.Rspr. 1925 Nr. 25; a.M. Wolff-Raiser § 8 I 1c.

III. Die Besitzverhältnisse an den vom Gerichtsvollzieher weggenommenen Pfandsachen.

1) Der Besitz des Gerichtsvollziehers.

Die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher sie in Besitz nimmt, § 808, Abs. I ZPO. Die Identität dieses Besitzbegriffs in § 808, Abs. I ZPO mit dem bürgerlich-rechtlichen Besitzbegriff i.S. des § 854 BGB steht heute zu Recht außer Streit [1]. Die dabei zu prüfende Frage, ob das Zwangsvollstreckungsrecht, ähnlich dem Gewahrsamsbegriff des Strafrechts, einen eigenen "Besitz"-Begriff kennt, ist für unser Problem auch von untergeordneter Bedeutung. Danach würde sich allenfalls entscheiden, ob der Gerichtsvollzieher wirksam gepfändet hat, so wie sich nach dem Gewahrsam im Strafrecht entscheidet, ob Diebstahl oder Unterschlagung vorliegt; für die Frage aber, ob der Zwangsvollstreckungsschuldner oder der Gläubiger mittelbare Besitzer i.S. der § 868 sind, wird man immer davon ausgehen müssen, wie der Besitz des Gerichtsvollziehers zivilrechtlich zu beurteilen ist [2]. Nachdem nun aber der Gerichtsvollzieher an den Pfandsachen tatsächliche Gewalt i.S. des § 854 BGB erlangt und den natürlichen Besitzerwillen hat, ergibt sich schon daraus, daß er Besitz i.S. des BGB hat.
Die vereinzelt vertretene Meinung, der Gerichtsvollzieher sei gem. § 855 Besitzdiener des Staates [3], muß an der jetzt herrschenden Auffassung von der Rechtsnatur seines Amtes

---

1) Stein, Grundfragen, S. 112; Mothes, S. 100; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 808 III 1; Schmidt, ArchZivPrax. Bd. 134, S. 175; Rosenberg Zivilprozeßrecht § 191 III 2; RGZ Bd. 94, S. 341; a.M. Voß, ArchZivPrax. Bd. 66, S. 101 ff.
2) Ähnl. Riedinger S. 48.
3) Riedinger, S. 42; Wieczorek, § 808 C I a.

scheitern: Er unterliegt zwar staatlicher Ausicht, übt aber die Zwangsvollstreckung selbständig unter eigener Verantwortung und ohne weisungsgebunden zu sein aus[2]. Diese Rechtsstellung ist mit den Tatbestandsmerkmalen des § 855 BGB unvereinbar.[1]
Die früher auf der Grundlage der Mandatstheorie für die Rechtsstellung des Gerichtsvollziehers ebenfalls vertretene Meinung, der Gerichtsvollzieher sei Besitzdiener des Gläubigers, ist heute widerlegt und aufgegeben[3].
Damit kann im folgenden davon ausgegangen werden, daß die erste Voraussetzung für eine Besitzvermittlung, der unmittelbare Besitz desjenigen, der den Besitz vermitteln soll[4], in der Person des Gerichtsvollziehers gegeben ist.
Wie sich die Besitzverhältnisse gestalten, wenn der Gerichtsvollzieher die Pfandsachen dem Schuldner wieder überläßt, § 808, Abs. II ZPO, braucht hier nicht geprüft zu werden. Für die Untersuchung der Besitzvermittlung kann der Fall dienen, daß der Gerichtsvollzieher die Pfandsachen wegschafft, seinen einmal ergriffenen unmittelbaren Besitz also beibehält.

2) Das Besitzinteresse der Beteiligten.

Bei der Erörterung des Problems, ob in Zweifelsfällen ein Besitzmittlungsverhältnis vorliegt, begegnet man in der Literatur nicht selten der Methode, dies danach zu entscheiden, ob derjenige, der mittelbarer Besitzer sein soll, ein berechtigtes schutzwürdiges Interesse an be-

---

1) RGZ Bd. 145, S. 204 (213).
2) Vgl. Rosenberg Zivilprozeßrecht § 26 II 2; GVGA § 58, Nr. 1; Schmidt, S. 179; Stein aaO S. 111; Heinrici GruchBeitr. Bd. 49, S. 416, der Riedinger widerlegt.
3) Vgl. Riedinger S. 34 mit Nachweisen; ferner Mothes, S. 103; Schmidt, S. 175.
4) Vgl. Strohal, Iherings DogmJahrb. Bd. 38, S. 18.

stimmten Besitzwirkungen hat [1].

Dieses Verfahren mag angehen, wenn man, wie z.B. Müller-Erzbach aaO [2], hinsichtlich der Rechtsnatur des mittelbaren Besitzes der Fiktionstheorie folgt, da es im Ergebnis eine Frage der Zweckmäßigkeit und der Interessenlage ist, auf welche Fälle eine Fiktion Anwendung finden soll. Folgt man aber für den mittelbaren Besitz der herrschenden Lehre von der vergeistigten Sachherrschaft [2], kann man folgerichtig mittelbaren Besitz nur dann bejahen, wenn die in § 868 enthaltenen tatbestandsmäßigen Voraussetzungen voll gegeben sind, weil nur dann das soziale Machtverhältnis Besitz gegeben ist, das die Besitzwirkung auslöst. Würde man nur nach der Interessenlage entscheiden, so wäre eine wirklichkeitsfremde Ausweitung des Publizitätstatbestandes (§ 1006 III) und Lebensbegriffs [3] Besitz und schließlich eine völlige Abstraktion des Besitzbegriffs von der vernünftigen Verkehrsanschauung die notwendige Folge: Es besteht kein Zweifel, daß der bestohlene Eigentümer ein berechtigtes Interesse an sämtlichen Besitzwirkungen hat. Nur die Grenzen der Tatbestände des unmittelbaren und mittelbaren Besitzes hindern uns daran, entgegen dieser klaren Interessenlage den Dieb zwar als Besitzer, nicht aber als Besitzmittler für den Eigentümer anzusehen. Die Neigung, den Besitz nicht als selbständiges Rechtsinstitut, bestimmt nach seinen tatbestandsmäßigen Voraussetzungen, sondern als das schutzwürdige Interesse an seinen Wirkungen zu definieren, ist nicht neu. Dagegen wendet sich bereits Kniep [4]. "Es kann dem Besitzbegriff nur zum Vorteil gereichen, wenn wir ihn mehr für sich be-

---

1) Heck, Sachenrecht § 8, Ziff. 6; Müller-Erzbach, Iherings DogmJahrb. Bd. 53, S. 362 ff.; Stein, Grundfragen S. 112, 113; Schmidt, S. 178; BGHZ Bd. 9, S. 73 (79).
2) Vgl. oben § 5 II.
3) Nach der Lehre von der vergeistigten Sachherrschaft ist auch der mittelbare Besitz ein Lebensbegriff, vgl. oben § 5 II.
4) Seite 292.

trachten und von diesem Bleigewicht [1] zu befreien suchen. Kämen wir auf diese Weise zu Ergebnissen, die für die Ersitzung nicht passen wollen, so wäre es nur angezeigt, hier einzusetzen, nicht aber um deswillen den Besitzbegriff in Verwirrung zu bringen. Das Interesse des Pfändungspfandgläubigers und des Schuldners kann also für die Annahme des mittelbaren Besitzes nicht ausschlaggebend sein, wenn es auch sowohl beim Gläubiger, als auch beim Schuldner durchaus berechtigt ist. Beide, Gläubiger und Schuldner, müssen gegen Untergang des Pfandrechts (§ 936) bzw. des Eigentums (§ 932) durch gutgläubigen Erwerb geschützt sein, wenn die Sache dem Gerichtsvollzieher abhanden kommt. Das sind sie nur, wenn sie gem. § 935, Abs. I, Satz 2 mittelbaren Besitz haben [2]. Veräußert der Schuldner gem. § 931 die Pfandsache [3], so hat der Gläubiger ein berechtigtes Interesse am Schutz des § 936 III, der ihm nur zukommt, wenn er mittelbarer Besitzer ist [4].

Der Schuldner hat schließlich berechtigtes Interesse an der Fortsetzung einer begonnenen Ersitzung.

Weniger bedeutsam ist dagegen für Gläubiger und Schuldner der Besitzschutz hinsichtlich der eingeschafften Pfandsachen. Die Besitzkenn des § 859 steht ohnehin nur dem Gerichtsvollzieher als unmittelbarem Besitzer zu, nicht dem mittelbaren Besitzern [5].

Die Besitzschutzansprüche aus § 869 auf Herausgabe an den

---

1) der Ersitzung, einer Besitzwirkung, Anm. d. Verfassers.
2) Die extensive Auslegung des § 935 I 2 auch auf den nicht mittelbar besitzenden Eigentümer wird von der herrschenden Meinung abgelehnt; vgl. OLG Düsseldorf JZ 1951, S. 269 und dortige Anmerkung; Raiser (S. 270) mit weiteren Nachweisen.
3) Soweit man eine solche Veräußerung als möglich anerkennt, vgl. unten § 7 III, 4) f.
4) Wegen weiterer Besitzinteressen des Gläubigers vgl. Stein, Grundfragen S. 112.
5) Vgl. Rosenberg Sachenrecht § 869 I.

Gerichtsvollzieher[1] bei Entziehung bzw. auf Beseitigung oder Unterlassung der Besitzstörung sind angesichts der strengen Anforderungen an Verwahrung, Unterbringung und Erhaltung der Pfandsache, die dem Gerichtsvollzieher auferlegt sind (§ 139 Nr. 1 GVGA), angesichts des strafrechtlichen Schutzes und der Machtmittel des Gerichtsvollziehers als staatliches Vollstreckungsorgan praktisch kaum bedeutsam[2].
Zur Verfolgung des Rechts an der Sache hat der Schuldner den Eigentumsherausgabeanspruch, § 985, gegen einen Nichtberechtigten, der Gläubiger hat den Anspruch aus §§ 1227, 985 in entsprehcender Anwendung[3].

Ist aber der mittelbare Besitz wegen des Fehlens der Voraussetzungen zu verneinen, so kann nur versucht werden, der Anregung Knieps aaO zu folgen, und etwa im Recht der Besitzwirkung eine Lösung zu suchen. Für das Besitzinteresse des Schuldners an der Fortsetzung der Ersitzung ergibt sich dabei durch das zufällige Zusammentreffen der Jahresfristen von § 813 a IV ZPO und § 940 II BGB, daß der Schuldner, selbst wenn er durch die Pfändung den Besitz verliert, gem. § 813 a IV ZPO den Besitz der Sache innerhalb der Jahresfrist entweder zurückerlangt und dann gem. § 940 II BGB weiter ersitzen kann, oder daß die Sache endgültig verwertet wird und damit das Besitzinterese hinfällig wird.

Aus den gleichen Erwägungen ist auch der verschiedentlich unternommene Versuch abzulehnen, für die Fälle des Amts-

---

1) Weder der Gläubiger noch der Schuldner können Herausgabe an sich verlangen; vgl. Baumbach-Lauterbach § 804, Bem. 3 B.
2) Vgl. Mothes S. 104.
3) RGZ Bd. 161, S. 109 (120).

besitzes einen besonderen Besitzbegriff praeter legem zu konstruieren, um mit Hilfe eines solchen eingeschränkten oder unvollständigen Besitzes einer Person nur beschränkte Besitzwirkung zu verschaffen [1].

3) Kein mittelbarer Mitbesitz des Gläubigers und Schuldners.

In Anlehnung an die Besitzkonstruktion des Vertragspfandrechts [2] wäre der mittelbare Besitz des Zwangsvollstreckungsschuldners und des Pfändungspfandgläubigers zunächst in der Weise denkbar, daß der Gerichtsvollzieher dem Gläubiger und dem Schuldner mittelbaren Mitbesitz an der Pfandsache verschafft [3]. Diese Möglichkeit muß jedoch schon daran scheitern, daß mittelbarer Mitbesitz nur dann möglich ist, wenn mehrere mittelbare Besitzer Vertragspartner desselben besitzvermittelnden Rechtsverhältnisses mit dem Besitzmittler, also Gesamtgläubiger oder Gesamthandsberechtigte des Herausgabeanspruchs [4] sind. Dies deshalb, weil nur dann eine Interessenkollision im Willen des Besitzmittlers - Anerkennung des mittelbaren Besitzes, vgl. oben § 5 III, 1) - die einen der

---

1) Vgl. Voß ZZP, Bd. 34, S. 193 ff, der für den Gemeinschuldner "eine nicht von § 868 beherrschte Form des Auchbesitzes" annimmt, (S. 195); Kreß § 37, mit der dem BGB unbekannten Unterscheidung von juristischem und Verkehrsbesitz. Der Gemeinschuldner (vgl. S. 223) hat danach nicht mittelbaren, sondern juristischer Besitz; Förtsch, GruchBeitr. Bd. 43, S. 545 ff, wonach die gesetzlichen Vertreter den Besitz lediglich "betätigen" und zwar tatsächliche Gewalt, aber keinen Besitz haben, ohne Besitzdiener zu sein (§ 855); Rohde Abschn. XXII, S. 64, wonach "der mittelbare Besitz des Gemeinschuldners eben durch die Natur des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses besonders geartet ist".
2) Vgl. Emmerich, S. 145; Schmidt aaO, S. 147.
3) So Kretzschmar, Sachenrecht § 868 2c a.E.
4) Vgl. Rosenberg Sachenrecht § 868 III 3b.

mittelbaren Besitzer vom Besitz ausschließen könnte, vermieden wird, wenn nur ein einziges besitzvermittelndes Rechtsverhältnis besteht. Dann können durchaus mehrere mittelbare Besitzer vorhanden sein, denen der Besitzmittler in gleicher Weise den Besitz vermittelt, weil seine Anerkennung mehreren mittelbaren Besitzern gemeinsam und nicht dem einen oder anderen alternativ gilt.
Diese Konstruktion ist beim Vertragspfand in der Weise möglich, daß Verpfänder und Gläubiger gemeinsam hinterlegen. Dann besteht ein Verwahrungsvertrag mit zwei Berechtigten, der Verwahrer vermittelt mittelbaren Mitbesitz. So ist auch der Amtsbesitz des Gerichtsvollziehers im Falle einer Sequestration zu beurteilen [1].
Anders jedoch bei der Pfändung. Es kann zunächst dahingestellt bleiben, welcher Art die Rechtsverhältnisse sind, die Gerichtsvollzieher, Schuldner und Gläubiger miteinander verbinden. Jedenfalls besteht hier nicht ein einheitliches Rechtsverhältnis zwischen dem Gerichtsvollzieher einerseits und Schuldner und Gläubiger andererseits. Der Gerichtsvollzieher als staatliches Vollstreckungsorgan ist vielmehr dazu berufen, die widerstreitenden Partei-Interessen auszugleichen und dabei einerseits den Schuldner in seiner Rechtsstellung gegen unerlaubte Zugriffe des Gläubigers zu schützen, §§ 803, 811 ff ZPO, § 104 GVGA, andererseits das Ziel der Zwangsvollstreckung, die Befriedigung des Gläubigers zu verfolgen. Selbst wenn man ihn als "Beauftragten" des Gläubigers ansehen würde, so ist er jedenfalls nicht Beauftragter des Schuldners.

---

1) Vgl. oben § 7 II, Fußnote 1 d, S. 49 d. Abhdlg.

4) Kein Besitzmittlungsverhältnis zwischen Gerichtsvollzieher und Schuldner.

Eine Reihe von Autoren erkennt zwar dem Schuldner, nicht aber dem Gläubiger mittelbaren Besitz an der weggeschafften Pfandsache zu [1]. Diese Meinung muß folgerichtig ein Besitzmittlungsverhältnis zwischen Gerichtsvollzieher und Schuldner annehmen. Diese Konstruktion findet in § 868 keine Stütze [2]. Eine "Ähnlichkeit" mit dem Besitzmittlungsverhältnis zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder beim Vertragspfandrecht scheidet aus, weil der Gerichtsvollzieher als der unmittelbare Besitzer nicht Pfandgläubiger ist. Eine solche Parallele könnte nur zwischen Gläubiger und Schuldner gezogen werden (vgl. unten 6).
Nun braucht sich allerdings nicht jedes ähnliche Verhältnis i.S. des § 868 auf ein in § 868 genanntes Rechtsverhältnis zurückführen lassen, weil die Kriterien der Ähnlichkeit dies nicht verlangen [3]. Die zwischen Gerichtsvollzieher und Schuldner bestehende Rechtsbeziehung hinsichtlich der Pfandsachen ist die Pfandverstrickung. Sie ist die Grundlage des Besitzrechts des Gerichtsvollziehers und der Besitzentziehung gegenüber dem Schuldner. Die Einzelheiten dieses Rechtsverhältnisses ergeben sich aus den einschlägigen Vorschriften der ZPO und der Geschäftsanweisung des Gerichtsvollziehers. Die Verstrickung ist ein Akt staatlicher Beschlagnahme [4], d.h. "der Bereitstellung und Sicherung von Gegenständen durch behördlichen Zwang und der Entziehung der Verfügungsmacht darüber, die ... hier der Befriedigung des Gläubigers dient" [5].

---

1) Hellwig-Oertmann, System § 315, 3; Riedinger, S. 55 ff; Knieb, S. 144; Rohde Abschn. XXI, S. 38; Wieczorek, § 808 C I a 1, mit weiteren Nachweisen.
2) So auch Rosenberg, Sachenrecht § 868 II 2a, und stillschweigend wohl auch die herrschende Meinung, die mittelbaren Besitz des Schuldners vermittelt durch den Gläubiger annimmt (vgl. unten 6).
3) Vgl. oben §§ 5 III; 6.
4) Möthes, S. 24.
5) Rosenberg, Zivilprozeßrecht § 190 II 1.

Diese Maßnahme gleicht nach Art und Inhalt der "Beschlagnahme zur Verfügung" nach Reichsleistungsgesetz, durch die nach herrschender Meinung ein Besitzmittlungsverhältnis nicht begründet wird [1].
Das Rechtsverhältnis zwischen Gerichtsvollzieher und Schuldner erfüllt auch den Tatbestand des § 868 nicht.

a) Auf die Tatsache der Besitzentziehung durch den Gerichtsvollzieher kommt es zunächst nicht an, da z.B. der Mieter, der dem Vermieter den Besitz an der Mietsache entzieht, anstatt ihn übergeben zu erhalten, solange er den mittelbaren Besitz des Vermieters anerkennt, diesem auch den Besitz vermittelt [2]. Maßgebend ist nur das Bestehen eines Besitzmittlungsverhältnisses zwischen den Beteiligten. Das Rechtsverhältnis zwischen Gerichtsvollzieher und Schuldner hat aber gerade die Besitzentziehung zum Inhalt; der maßgebliche Inhalt der Pfändung ist der, daß der Gerichtsvollzieher "sich die tatsächliche Gewalt über die Sache verschafft" und "den Schuldner nach Möglichkeit von Besitzhandlungen ausschließt" [3]. So genügt es zur wirksamen Pfändung nicht, daß der Gerichtsvollzieher Mitbesitz mit dem Schuldner begründet [4]. Dann kann aber das Zwangsvollstreckungsrecht die Pfandverstrickung nicht als ein Rechtsverhältnis ansehen, bei dem es genügt, daß der Gerichtsvollzieher einen Doppelbesitz begründet, bei dem er nicht einmal gleichberechtigt mit dem Schuldner besitzt, sondern dem Schuldner den Oberbesitz einräumt, wie dies beim mittelbaren Besitz der Fall wäre. Damit beruht zwar das Besitzrecht des Gerichtsvollziehers auf der Pfandverstrickung, also dem Rechtsverhält-

---

1) Vgl. oben § 7 II.
2) Wolff-Raiser § 8 I 1a.
3) RGZ Bd. 118, S. 276 (279).
4) RGZ Bd. 118, S. 276 (277).

nis zwischen Schuldner und Gerichtsvollzieher; es leitet sich aber nicht aus dem Recht des Schuldners ab, wie es für den mittelbaren Besitz erforderlich wäre [1], sondern bricht mit dem stärkeren Recht staatlicher Beschlagnahme das Eigentum des Schuldners, soweit es das Recht zum Besitz zum Inhalt hat.
Bei den gesetzlichen Besitzmittlungsverhältnissen kann nun zwar die Besitzrechtsableitung mit der Formel konstruiert werden, daß das Gesetz die Besitzberechtigung des Besitzmittlers vom mittelbaren Besitzer ausgehen läßt [2]. Diese Konstruktion muß jedoch dort ihre Grenzen finden, wo die gesetzliche Bestimmung oder die staatliche Tätigkeit nicht mehr den Willen des Betroffenen ersetzt, sondern ihn mit hoheitlichem Zwang bricht.

b) Die Besitzrechtsableitung als Tatbestandsmerkmal des § 868 verlangt darüberhinaus, daß das Besitzrecht des Besitzmittlers ein dem Oberrecht des mittelbaren Besitzers untergeordnetes Recht zum Besitz sein muß [3]. Nun behält zwar der Schuldner das Eigentum an der Pfandsache zurück, "besitzvermittelnd wirkt (aber) nicht die dingliche, sondern die obligatorische (in unserem Fall die gesetzlich typisierte) Rechtsbeziehung" [4], so daß der Verbleib des Eigentums allein für eine Besitzvermittlung nicht genügt. Das Recht des Gerichtsvollziehers an der Sache ist zwar beschränkt. Diese Beschränkung besteht aber nicht gegenüber dem Eigentum des Schuldners, das im regelmäßigen Verlauf der Zwangsvollstreckung durch die Verwertung untergeht und folglich der Verfügungsbefugnis des Gerichtsvollziehers keine Grenzen setzt, sondern aus der Amtspflicht des Gerichtsvollziehers, das Vermögen des Schuldners nur insoweit zu

---

1) Vgl. oben I 5 [illegible] 2).
2) Vgl. oben § 7 III 1.
3) Vgl. statt vieler Wolff-Raiser § 8 I 1b; Staudinger-Seufert § 868 - 2d a.E.
4) Vgl. Rosenberg, Sachenrecht § 868 II 2a.

beeinträchtigen, als dies gesetzlich zulässig (z.B. §§ 811 ff ZPO) und zur Befriedigung des Gläubigers notwendig ist (§ 803 ZPO). Dem Schuldner ist dagegen jedoch jede Möglichkeit der Einwirkung auf die Sache genommen, er erhält sie nicht zurück, wenn er nicht den Gläubiger befriedigt und damit die Verstrickung überhaupt zu Fall bringt, er hat nur die Möglichkeit, die Beobachtung der Amtspflicht durch den Gerichtsvollzieher im Wege der Erinnerung überprüfen zu lassen, nicht aber ein materielles Recht auf Vornahme oder Unterlassung bestimmter Handlungen hinsichtlich der Pfandsache.

c) Schließlich fehlt es zwischen Gerichtsvollzieher und Schuldner an dem für die Annahme des mittelbaren Besitzes notwendigen Erfordernis eines Herausgabeanspruchs des mittelbaren Besitzers gegen den Besitzmittler [1]; der Herausgabeanspruch kann zwar einredebehaftet oder bedingt sein [2], er darf jedoch nicht "für jede Zeit und endgültig ausgeschlossen sein" [3]. Dem Schuldner steht jedoch gegenüber dem Gerichtsvollzieher überhaupt kein Herausgabeanspruch zu. Das öffentliche Recht gewährt ihm eine dem zivilrechtlichen Herausgabeanspruch ähnliche Rechtsmacht über den Gerichtsvollzieher nicht. Der Schuldner kann zwar mit den Rechtsbehelfen der ZPO erreichen, daß aus formellen oder materiellen Gründen die Zwangsvollstreckung unzulässig wird. Die Erinnerung des § 766 ZPO ist aber nur gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung, also nur gegen Verfahrensverstöße des Vollstreckungsorgans gerichtet und hat keinerlei materiellen, ein Recht an der Sache darstellenden Gehalt. Für die Vollstreckungsabwehrklage des § 767 ZPO ist nur der Gläubiger passivlegitimiert. Sie enthält keinen Anspruch gegen den Gerichtsvollzieher, zumal sie

---

1) Vgl. BGHZ Bd. 10, S. 81 (87); Wolff-Raiser § 8 I 2, mit weiteren Nachweisen; Rosenberg, Sachenrecht § 868 II 2b nimmt für den Zwangsvollstreckungsschuldner eine Ausnahme von der Notwendigkeit des Herausgabeanspruchs an.
2) Vgl. Wolff-Raiser aaO (§ 8 I 2).
3) BGH aaO

als prozessuale Gestaltungsklage die Zwangsvollstreckung erst mit der Entscheidung unzulässig macht.
Damit käme nur noch der Eigentums-Herausgabeanspruch des Schuldners gem. § 985 in Betracht. Dieser ist jedoch gegenüber dem Gerichtsvollzieher ausgeschlossen [1]. Fehlt aber die Möglichkeit aus eigenem Recht durch Geltendmachung des Herausgabeanspruchs oder eines vergleichbaren öffentlich-rechtlichen Anspruchs den Besitz des unmittelbaren Besitzers zu beenden, so ist nicht nur das in §§ 868, 870 vorausgesetzte Tatbestandsmerkmal des mittelbaren Besitzes nicht vorhanden, sondern es fehlt damit auch an dem entscheidenden Machtmittel des mittelbaren Besitzers über den Besitzmittler. Damit fehlt es aber an der vergeistigten Sachherrschaft überhaupt.
Der Besitz des Gerichtsvollziehers besteht daher zwar "auf Zeit"; die zeitliche Beschränkung ergibt sich aber nicht, wie § 868 seinem Wortlaut nach fordert, aus der Rechtsbeziehung zwischen Gerichtsvollzieher und Schuldner, sondern ist abhängig vom zweckmäßigen Zeitpunkt der Verwertung, also dem durch Staatsakt zwangsweise herbeigeführten völligen Untergang der Rechte des Schuldners an der Sache.

d) Nach alledem besteht zwischen Gerichtsvollzieher und Schuldner wegen des Fehlens der entscheidenden Tatbestandsmerkmale des § 868 kein Besitzmittlungsverhältnis. Dazu kommen innere Gegensätze zwischen dem Besitzmittlungsverhältnis und dem Rechtsverhältnis Gerichtsvollzieher - Schuldner, wie es die ZPO konstruiert. Dem Wortlaut des § 808 I ZPO und den Anforderungen, die an die Pfändung gestellt werden [2], ist zu entnehmen, daß der Gerichtsvollzieher dem Schuldner den Besitz völlig entzieht, und nicht nur den

---

1) Vgl. Staudinger-Seufert § 985 I mit eingehenden Nachweisen; die anderslautende Entscheidung des LG Bochum JW 1934, S. 1931 widerlegt Bartels JW 1934, S. 2503 mit zutreffenden Gründen.
2) Vgl. die klaren Formulierungen des RG in RGZ Bd. 118, S. 276 ff.

unmittelbaren in mittelbaren Besitz verwandelt. Die Pfändung als Maßnahme der Besitzentziehung kann nicht zugleich dem Schuldner den Besitz verschaffen. Die Wegschaffung durch den Gerichtsvollzieher erfolgt nur bei an sich gefährdeten Gegenständen oder bei konkreter Gefährung des Zwangsvollstreckungszwecks (§ 808 II ZPO). Während aber bei der Belassung der Pfandsachen beim Schuldner die Legitimationswirkung des Besitzes [1] durch die Pfandsiegel beseitigt ist, hätte der Schuldner bei gefährdeten Sachen, wenn er mittelbaren Besitz hätte, die unbeschränkte Legitimation des § 1006 III und würde, vermittelt durch den Gerichtsvollzieher !, die Möglichkeit erhalten, durch Veräußerung der Sachen nach § 930 eine Anschlußpfändung zu vereiteln. Hat er dagegen keinen mittelbaren Besitz, so kann er die weggeschafften Pfandsachen überhaupt nicht veräußern, weil § 931 am fehlenden Herausgabeanspruch [2] scheitert [3]. Dies erscheint aber im Interesse des Verkehrsschutzes als die richtige Lösung. Der Gläubiger wäre zwar gegen den Untergang seines Pfandrechts geschützt (§ 936 I 3), aber einem Dritten ist die staatliche Beschlagnahme nicht erkennbar, da der Schuldner bei einer Veräußerung nach § 930 seinen Besitzmittler nicht zu nennen braucht [4]. Der Gedanke, daß der staatliche Gewahrsam des Gerichtsvollziehers dazu dienen soll, dem bei der Zwangsvollstreckung ohnehin in der Regel böswilligen Schuldner die Möglichkeit zu geben, an gutgläubige Dritte belastet zu veräußern und anstatt dem Schuldner durch Entziehung des Besitzes die rechtliche Verfügungsmacht abzu-

---

1) Sofern man ihm Besitz zuspricht, so die h.M., vgl. statt aller Staudinger-Seufert § 868 III 2, 1 mit weiteren Nachweisen; a.M. Rosenberg Sachenrecht § 868 II 2a.
2) Vgl. Fußnote 1, S. 62 d. Abhdlg.
3) Eine Veräußerung nach § 931 bei beschlagnahmten Sachen wird allgemein abgelehnt; vgl. Mothes S. 96; a.M. OLG Dresden, SächsArch. 1909, S. 215 ff.
4) Vgl. RGRK § 930 II 1.

schneiden [1], diese gerade zu vermitteln, ist mit der ratio der Zwangsvollstreckung unvereinbar.

e) Davon unabhängig ist die Frage, ob nicht der Gläubiger, sofern ihm mittelbarer Besitz zusteht (vgl. unten 5), seinerseits gem. § 871 auf Grund seines beschränkten Rechts dem Schuldner den Besitz vermittelt (vgl. unten 6). Der Umstand, daß zwischen Gerichtsvollzieher und Schuldner ein Besitzmittlungsverhältnis nicht vorliegt, schließt eine Besitzvermittlung des Gerichtsvollziehers an den Gläubiger und des Gläubigers an den Schuldner nicht aus, weil die Kriterien des mittelbaren Besitzes bei einer Besitzleiter nach § 871 immer nur zwischen dem jeweiligen Oberbesitzer und seinem Besitzmittler, nicht aber zwischen dem unmittelbaren Besitzer und dem letzten mittelbaren Besitzer vorhanden sein müssen. Dies ergibt sich schon daraus, daß im Normalfall der Besitzleiter nach § 871 etwa zwischen Eigentümer, Mieter und Untermieter ein besitzvermittelndes Rechtsverhältnis nur zwischen Eigentümer und Mieter, Mieter und Untermieter besteht, während der Eigentümer gegen den Untermieter nur den Eigentumsherausgabeanspruch hat, der für ein Besitzmittlungsverhältnis nicht ausreicht [2].

5) Das Besitzmittlungsverhältnis zwischen Gerichtsvollzieher und Gläubiger.

Im Vertragspfandrecht können die Besitzverhältnisse an der Pfandsache in der Weise konstruiert sein, daß der Verpfänder die Sache einem Beauf-

---

1) Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 803 II 1.
2) Vgl. Fußnote 4, S. 60 d. Abhdlg.

tragten des Pfandgläubigers übergibt, ao daß zwar der Beauftragte nicht dem Verpfänder, wohl aber dem Pfandgläubiger und dieser wiederum dem Verpfänder den Besitz vermittelt[1].

Diese Konstruktion bietet sich ihrem Aufbau nach auch für das Pfändungspfandrecht an, hat aber hier zunächst zur Voraussetzung, daß die öffentlich-rechtliche Beziehung zwischen Gerichtsvollzieher und Gläubiger die Tatbestandsmerkmale des § 868 in gleicher Weise erfüllt, wie das privatrechtliche Verhältnis zwischen Vertragspfandgläubiger und Beauftragtem.

a) Die Rechtsbeziehung zwischen Gerichtsvollzieher und Gläubiger[2] ist kein privatrechtliches Auftragsverhältnis[3], sondern nach allgemeiner Meinung ein rein öffentlich-rechtliches Verhältnis[4]; das Wort "Auftrag" in § 753 ZPO ist richtig als "Vollstreckungsantrag" zu verstehen[5]. Da es auch Besitzmittlungsverhältnisse des öffentlichen Rechts gibt[6], schließt diese Rechtsnatur der Beziehung des Gläubigers zum Gerichtsvollzieher den mittelbaren Besitz des Gläubigers nicht aus. Bei der Subsumption dieser öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse unter § 868 ist darüberhinaus zu berücksichtigen, daß beim Gerichtsvollzieher zwar nicht ein besonders gearteter Besitz des öffentlichen Rechts[7] vorliegt, daß aber die Rechtsbeziehungen zwischen Gerichtsvollzieher und Gläubiger aus ihrer öffentlich-rechtlichen Natur eine besondere Gestalt haben, die weder den Zwecken der in § 868

---

1) Schmidt, S. 143.
2) Das "Vollstreckungsrechtsverhältnis" so Rosenberg, Zivilprozeßrecht § 170 II 3.
3) So die früher herrschende Mandatstheorie; vgl. Nachweise bei den in Fußnote 4) angegebenen Fundstellen.
4) Rosenberg Zivilprozeßrecht § 26 II 4; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 753 II 1.
5) Rosenberg aaO § 26 II 3.
6) Vgl. oben § 7 III.
7) Vgl. oben § 7 III 2) a.E.

genannten Besitzmittlungsverhältnisse, noch dem Buchstabensinn der Tatbestandsmerkmale des zivilistisch konstruierten § 868 entsprechen kann. Eine solche Entsprechung ist aber auch nicht notwendig, weil die Ähnlichkeit der Besitzmittlungsverhältnisse nicht an bestimmte Besitzzwecke, und nicht an die Vertragskonstruktion des Schuldrechts geknüpft ist [1].

b) Hinsichtlich der Besitzerlangung besteht zwischen dem Beauftragten des Vertragspfandgläubigers und dem Gerichtsvollzieher Übereinstimmung insoweit, als beide den Besitz gem. § 854 I durch Ergreifung der tatsächlichen Gewalt erlangen. Der Beauftragte erwirkt jedoch derivativ durch Übergabe, der Gerichtsvollzieher originär durch Besitzentziehung, die ihm auf Grund gesetzlicher Gestattung (§ 808 I ZPO) fehlerfreien Besitz verschafft (§ 858 I). Dies steht jedoch dem mittelbaren Besitz des Gläubigers nicht entgegen, weil die Art der Besitzerlangung über das Vorhandensein und die Natur eines Rechts zum Besitz nichts sagt [2].

c) Das Recht des Gerichtsvollziehers zum Besitz ist die staatliche Beschlagnahme, die Pfandverstrickung [3]. Der mittelbare Besitz des Gläubigers hat zunächst zur Voraussetzung, daß dieses Besitzrecht sich aus einem Rechtsverhältnis mit dem Gläubiger ableitet. Der grundlegende Unterschied zwischen dem Beauftragten des Vertragspfandgläubigers und dem Gerichtsvollzieher als staatlichem Vollstreckungsorgan besteht darin, daß ersterer sein Recht zum Besitz aus einem schuldrechtlichen Vertrag (dem Auftrag, Geschäftsbesorgungsvertrag) herleitet, während bei der Zwangsvollstreckung der Staat den Besitz der Pfand-

---

1) Vgl. oben §§ 5 III, 6.
2) Vgl. Martin Wolff, Das Recht zum Besitz, S. 6.
3) Vgl. oben § 7 III, 4).

sache und die Durchführung der Verwertung kraft Gesetzes übernommen hat, weil die zwangsweise Befriedigung seiner Ansprüche dem Privaten im geordneten Staat nicht erlaubt sein kann und die staatliche Vollstreckung die doppelte Funktion hat, Rechtsschutz sowohl dem Gläubiger als auch dem Schuldner zu gewähren.
"Die staatliche Tätigkeit ist" aber "weder Willkür gegen den Schuldner, noch Gnade gegen den Gläubiger...".
"Der Staat hat gegen den Schuldner nur insoweit ein Vollstreckungsrecht, als er selbst dem Gläubiger zur Zwangsvollstreckung verpflichtet ist" [1]. Der Staat hat zwar bei der Zwangsvollstreckung, wie bei allen Beschlagnahmen das alleinige Recht zur Ausübung von Zwang und Gewalt gegen den Privaten. Während ihm aber z.B. für die Beschlagnahme nach der Strafprozeßordnung das Gesetz unmittelbar die Rechtsgrundlage für dessen Anwendung gibt, ist die Beschlagnahme in der Zwangsvollstreckung vom Recht und vom Willen des Gläubigers abhängig. Eine Pfändung ohne Gläubigerantrag, § 753 ZPO, also ohne Willen des Gläubigers, ist anfechtbar, wenn nicht unwirksam [2]. Widerruft der Gläubiger den Auftrag oder gibt er die Pfandsachen frei, muß der Gerichtsvollzieher die Pfändung aufheben [3]. Fehlt es am Recht des Gläubigers, liegt ein Titel nicht vor, wird er hinfällig, oder besteht trotz des Titels der materielle Anspruch des Gläubigers nicht mehr, so kann der Schuldner die Aufhebung der Zwangsvollstreckung herbeiführen, §§ 766, 767, 775, 776 ZPO. Daß die Pfandverstrickung nicht ohne weiteres auf Grund solcher Mängel im Willen oder im Recht des Gläubigers endet,

---

1) Rosenberg, Zivilprozeßrecht § 170 I.
2) Streitig vgl. Mothes, S. 24 oben; Baumbach-Lauterbach § 753, Anm. 2 B.
3) Baumbach-Lauterbach § 803, Anm. 2 Bc.

hat seinen Grund in der für das öffentlich-rechtliche Zwangsvollstreckungsrecht notwendigen Rechtssicherheit, die den direkten Einfluß der Parteien auf das Verfahren ausschließt, ändert aber nichts an der gesetzlichen Konstruktion, daß die Pfandverstrickung, das Besitzrecht des Gerichtsvollziehers, im Ergebnis dann weicht, wenn das Recht des Gläubigers keinen Bestand hat, oder wenn der Gläubiger es nicht mehr aufrechterhalten will. Damit ist der Gerichtsvollzieher zwar nicht "vermöge" privatrechtlichen Auftrags, aber "vermöge" des durch die Geltendmachung des öffentlich-rechtlichen Vollstreckungsanspruchs [1] entstandenen Vollstreckungsverhältnisses [2] mit dem Gläubiger zur Pfändung und damit zum Besitz berechtigt und dem Gläubiger gegenüber verpflichtet. Darin zeigt sich die Besonderheit der Beschlagnahme in der Zwangsvollstreckung, daß sie zwar "nicht die Ausübung des Privatrechts" [3], wohl aber die Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche mit öffentlich-rechtlichen Mitteln zum Inhalt hat und deshalb das Besitzrecht des Staatsorgans zwar nicht vom Recht des betreibenden Gläubigers in der Weise abhängig ist, wie das des privatrechtlich Beauftragten, daß aber der Staat sein eigenes gesetzliches Recht nur solange aufrechterhalten will, als das Recht des Gläubigers dies gerechtfertigt erscheinen läßt. In diesem Sinne besteht auch eine Besitzrechtsableitung des Gerichtsvollziehers vom Gläubiger. Nicht aus einer privaten Macht des Gläubigers über den Gerichtsvollzieher, sondern aus der gesetzlichen Beschränkung der Pfandverstrickung auf das Ziel der Gläubigerbefriedigung ergibt sich, daß die Verstrickung abgeleitet ist aus dem Vollstreckungsanspruch, den der Titel dem Gläubiger ge-

---

1) Stein, Grundfragen S. 8.
2) Rosenberg, Zivilprozeßrecht § 170 II 3.
3) Stein aaO, S. 7.

währt [1]. Der Staat hat zwar das alleinige Recht und die Macht zur Verstrickung; das Gesetz berechtigt das staatliche Vollstreckungsorgan aber nur zur Verstrickung, wenn das Gläubigerrecht auf Befriedigung sie erforderlich macht. Damit geht zwar das Besitzrecht des Gerichtsvollziehers nicht vom Gläubiger aus, weil er kein der staatlichen Beschlagnahme übergeordnetes Recht hat, aber das Gesetz läßt es, wie oben § 7 II, 2) für die Fälle der Besitzmittlungsverhältnisse kraft Gesetzes formuliert, von ihm ausgehen.

c) Diejenigen Autoren, die ein Besitzmittlungsverhältnis zwischen Gerichtsvollzieher und Gläubiger ablehnen [2], berufen sich vor allem darauf, daß der Gläubiger keinen Herausgabeanspruch gegen den Gerichtsvollzieher habe [3]. Der Gläubiger hat allerdings nicht den Herausgabeanspruch des § 1227, 985 BGB gegen den Gerichtsvollzieher. Dieser wird jedoch nach Rosenberg [4] ersetzt durch den "Anspruch gegen den Gerichtsvollzieher auf Ausantwortung des Erlöses". Dem ist zu folgen. Mit der grundsätzlichen Anerkennung der Besitzmittlungsverhältnisse des öffentlichen Rechts ist gleichzeitig festgestellt, daß sich auch die im Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers zum Ausdruck kommende Macht über den Besitzmittler, dessen Besitz zu beenden, nicht nur in den Formen der zivilrechtlichen Herausgabeansprüche ausdrücken kann. Als Äquivalent für den zivilrechtlichen Herausgabeanspruch genügt jedoch für die Besitzbeziehung zwischen Gerichtsvollzieher und Gläubiger, daß - abgesehen von der Möglichkeit der Übereignung an den Gläubiger gem. § 825 ZPO und der Möglichkeit von

---

1) a.M. Riedinger, S. 55.
2) Vgl. oben Fußnote 1, S. 58 d. Abhdlg.
3) Vgl. Kniep, S. 144; Rohde Abschn. XXI, S. 38; die Einwände, die Oertmann in Hellwig-Oertmann, System § 315 3a erhebt, widerlegt zutreffend Schmidt aaO, S. 179.
4) Sachenrecht § 868 II 2, S. 118.

Freigabe und Verzicht - der Gerichtsvollzieher gesetzlich verpflichtet ist, die Sache in gleicher Weise der Verwertung zugunsten des Gläubigers zuzuführen, wie es im Falle des Vertragspfandrechts der Gläubiger selbst tun könnte (§ 804 II ZPO). Das öffentliche Recht hat dem Gläubiger zwar im Interesse des Schuldnerschutzes die Möglichkeit genommen, dies selbst zu tun, es gewährleistet ihm aber gleichzeitig, daß mit der Sache nur in seinem berechtigten Interesse verfahren wird und gibt ihm die Rechtsbehelfe, dieses Verfahren auch zu kontrollieren. Seine Sachbeziehung ist damit durch die Amtspflichten des Gerichtsvollziehers, den gesetzlich festgelegten Verlauf der Zwangsvollstreckung, die mit der Herausgabe des Erlöses der Sache an ihn endet und die Einflußmöglichkeiten auf das Verfahren, die ihm die ZPO gibt, gewährleistet. Das Argument Wieczoreks [1], der Gläubiger sei deshalb nicht mittelbarer Besitzer, weil es ein Besitzmittlungsverhältnis nicht gebe, das niemals und unter keinen Umständen in unmittelbaren Besitz übergehen kann, trifft nicht zu. Der Gläubiger kann, wenn er die Verwertung gem. § 825 ZPO beantragt, unmittelbarer Besitzer der Sache werden. Daneben ist in vielen Fällen des mittelbaren Besitzes die Erlangung oder Wiedererlangung des unmittelbaren Besitzes durch den mittelbaren Besitzer im normalen Verlauf ausgeschlossen, z.B. beim Eigentumsvorbehaltsverkäufer, oder bei einem unwiderruflichen Verkaufsauftrag an einen Kommissionär.

e) Der Besitz des Gerichtsvollziehers ist damit auch Besitz "auf Zeit" i.S. des § 868, weil die zeitliche Beschränkung des Gerichtsvollzieher-Besitzrechts durch die Rechte und Interessen des Gläubigers bestimmt wird und der Besitz des Gerichtsvollziehers mit der Verwertung zugunsten des Gläubigers endet.

---

1) § 808 C I a 1.

f) Die objektiven Tatbestandsmerkmale des § 868 sind damit gegeben. Das subjektive Tatbestandsmerkmal der Anerkennung des mittelbaren Besitzers durch den Besitzmittler ist in der Regel durch den die Amtspflichten beobachtenden Gerichtsvollzieher gegeben. Unterschlägt der Gerichtsvollzieher die Sache, erkennt er seine Amtspflicht und damit den mittelbaren Besitz des Gläubigers nicht mehr an, geht der mittelbare Besitz des Gläubigers unter [1]. Der Gerichtsvollzieher vermittelt damit auf Grund des öffentlich-rechtlichen Vollstreckungsrechtsverhältnisses, eines ähnlichen Verhältnisses i.S. des § 868, dem Gläubiger den Besitz. Nur dieses Vollstreckungsrechtsverhältnis, nicht das Pfändungspfandrecht des Gläubigers kann die Besitzvermittlung herbeiführen [2], weil das Pfändungspfandrecht sich aus der Pfändung ableitet (§ 804 I ZPO), während § 868 verlangt, daß das Besitzrecht des Mittlers, also des Gerichtsvollzieners, hier die Beschlagnahme, aus dem Rechtsverhältnis mit dem mittelbaren Besitzer sich herleitet.

6) Keine Besitzvermittlung des Gläubigers an den Schuldner.

Erkennt man dem Pfändungspfandgläubiger mittelbaren Besitz zu, so läge es nahe, nunmehr anzunehmen, daß der Gläubiger seinerseits gem. § 871 dem Schuldner den Besitz vermittelt, weil auch nach der öffentlich-rechtlichen Theorie von der Natur des Pfändungspfandrechts das Recht des Gläubigers inhaltlich ein - öffentlich-rechtliches - Pfandrecht ist, wie es § 1204 I definiert [3], und weil nach dem Wortlaut des § 868 derjenige, der als Pfandgläubiger besitzt, dem Pfandschuldner den Besitz vermittelt.

---

1) Vgl. oben § 7 I 2).
2) Vgl. Stein, Grundfragen S. 112.
3) Vgl. Lüke, Der Inhalt des Pfändungspfandrechts JZ 1955, S. 484, der von einem "prozessualen Pfandrecht" spricht.

Riedinger[1], der selbst den mittelbaren Besitz des Gläubigers leugnet[2], wendet sich aaO gegen die Meinung von Bartels[3], daß zwar der Gläubiger, nicht aber der Schuldner mittelbaren Besitz habe, mit der Argumentation, daß es hier zwischen Gläubiger und Schuldner gerade um das in § 868 genannte Verhältnis zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner handle und man folglich dem Schuldner mittelbaren Besitz geben müsse, wenn man dem Gläubiger Besitz gibt. Dieser Argumentation folgt die herrschende Meinung[4].

a) Auf den Wortlaut des § 868 allein kann es nicht entscheidend ankommen. § 868 nennt zunächst nur Besitzmittlungsverhältnisse des Privatrechts; seine Anwendung auf das öffentliche Recht kann immer nur im Wege des "ähnlichen Verhältnisses" geschehen, verlangt also das Vorliegen der einzelnen Tatbestandsmerkmale der Ähnlichkeit. Darüberhinaus ist bei dem Lebensverhältnis des mittelbaren Besitzes auch dann Art und Inhalt der Beziehung zwischen den Beteiligten entscheidend, wenn § 868 das Rechtsverhältnis ausdrücklich nennt. Das kommt schon in dem subjektiven Tatbestandsmerkmal der Anerkennung zum Ausdruck, weil jemand immer noch schuldrechtlich Mieter einer Sache ist, wenn er längst den Vermieterbesitz nicht mehr anerkennt und damit trotz des bestehenden Mietverhältnisses keinen Besitz mehr vermittelt. Notwendige Konsequenz der Lehre von der vergeistigten Sachherrschaft ist es, das Vorliegen der diese Sachherrschaft repräsentieren-

---

1) S. 64.
2) S. 55 ff.
3) GruchBeitr. Bd. 42, S. 671.
4) Staudinger-Seufert, Neue Aufl, § 868 III 2 1; RGRK n.Aufl. § 868 III 2; Wolff-Raiser § 8 I 1c; Rosenberg, Sachenrecht, § 868 II 2a und Zivilprozeßrecht § 193 III 2; Westermann § 18, 2; Mothes S. 103; Schmidt S. 178, und die meisten Lehrbücher und Kommentare zur ZPO. Die hierzu vielfach zitierte Entscheidung Jena, OLG Rspr. Bd. 2, S. 267, behandelt nicht unseren Fall, sondern den des § 808 II, daß die Pfandsachen beim Schuldner verbleiben und nimmt dafür eine Besitzleiter Schuldner - Gerichtsvollzieher - Gläubiger an. Für die Besitzverhältnisse an weggenommenen Pfandsachen liegt, soweit ersichtlich, noch keine obergerichtliche Entscheidung vor.

den Tatbestandsmerkmale des § 868 auch für die in § 868 ausdrücklich genannten Rechtsverhältnisse zu fordern. Aus diesem Grunde wird man sich mit dem Wortlaut des § 868 nicht begnügen können, sondern auch hier den Sachverhalt auf die Tatbestandsmerkmale des § 868 untersuchen müssen.

b) Unabdingbare Voraussetzung für die Besitzvermittlung ist zunächst ein Rechtsverhältnis zwischen dem Besitzmittler und dem mittelbaren Besitzer. Dieses Rechtsverhältnis braucht zwar nicht rechtsgültig zu sein, es kann auch nur vermeintlich bestehen, "klar ist" aber,"daß ein Rechtsverhältnis erforderlich ist, welches einen Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegen den Mittler erzeugt" [1]. Zwischen Zwangsvollstreckungsschuldner und Pfändungspfandgläubiger besteht überhaupt kein Rechtsverhältnis. Rechtsverhältnisse des Privatrechts scheiden ohnehin aus, weil sie weder vertraglich begründet, noch gesetzlich geschaffen werden (wie etwa bei den gesetzlichen Pfandrechten). Die Rechtsverhältnisse bei der Zwangsvollstreckung gehören ausschließlich dem öffentlichen Recht an [2].

Welche Rechtsverhältnisse entstehen nun bei der Pfändung? Es entsteht die Pfandverstrickung als Rechtsverhältnis zwischen Gerichtsvollzieher und Schuldner und das Vollstreckungsrechtsverhältnis zwischen Gerichtsvollzieher und Gläubiger. Wesensmerkmal der Zwangsvollstreckung ist es aber, daß gerade zwischen Gläubiger und Schuldner ein Rechtsverhältnis nicht entsteht, weil die Staatstätigkeit einerseits dem Schuldner die Verfügungsbefugnis über die Sache entzieht, andererseits aber auch dem Gläubiger die Rechtsstellung des Pfandgläubigers nur mittelbar durch das staatliche Vollstreckungsorgan, den Gerichtsvollzieher, verschafft, und damit die Zwischenschaltung des Ge-

---

1) Wolff-Raiser § 868 I.
2) Statt vieler Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 804 I, jetzt wohl h.M.; vgl. zum Stand der Meinungen statt vieler Lüke JZ 1955, S. 484 ff.; Schwab ZZP Bd. 73, S. 479, 480; Staudinger-Spreng § 1204, Anm. 19 a.

richtsvollziehers die unerwünschte Folge des direkten Kontakts zwischenGläubier und Schuldner vermeidet. "Der Schuldner (hat) dem Gläubiger gegenüber nicht die Pflicht, die staatlichen Vollstreckungsmaßnahmen zu dulden. Auch dem Staate gegenüber ist der Schuldner nicht verpflichtet, sich der Betätigung der Staatsgewalt zu unterwerfen, sondern er ist ihr ohne Rücksicht auf seinen Willen unterworfen. Daher besteht das Vollstreckungsrechtsverhältnis überhaupt nicht zwischen Gläubiger und Schuldner, sondern zwischen Staat und Gläubiger auf der einen, zwischen Staat und Schuldner auf der anderen Seite [1]. Die bloße Tatsache, daß der Gläubiger ein Pfandrecht, der Schuldner Eigentum, beide also Rechte an derselben Sache haben, begründet noch kein Besitzmittlungsverhältnis zwischen den beiden Berechtigten. Der Verbleib des Eigentums beim Schuldner genügt allein nicht zur Annahme eines Besitzmittlungsverhältnisses mit dem unmittelbaren Besitzer [2]; ebenso nicht der Umstand, daß Gläubiger (Pfandrecht) und Schuldner (Eigentum) dingliche Rechte an derselben Sache haben [3].

c) Mit dem Fehlen eines unmittelbaren Rechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner scheitert aber die Möglichkeit der Annahme einer Besitzvermittlung des Gläubigers an den Schuldner. Das Fehlen der übrigen Tatbestandsmerkmale des § 868 ist die notwendige Folge hiervon.

Das Pfändungspfandrecht des Gläubigers an der Sache ist nicht vom Schuldner abgeleitet. Es ist gem. § 804 I ZPO durch die Pfändung entstanden, leitet sich also ab aus dem

---

1) Rosenberg, Zivilprozeßrecht § 170 II 3.
2) Vgl. Fußnote 4, S. 60 d. Abhdlg.
3) Vgl. das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem gutgläubigen Erwerber eines dinglichen Rechts vom Nichtberechtigten; Wolff-Raiser § 8 I 1a.

staatlichen Beschlagnahmeakt und nicht aus einem gesetzlich begründeten Rechtsverhältnis zum Schuldner. Die Entstehung der Rechte eines privaten Dritten durch hoheitliche Beschlagnahme, wie sie auch bei der Enteignung und Zuweisung der Sache an einen Dritten zu Eigentum vorkommt, ist gerade das Gegenteil dessen, was § 868 mit dem Tatbestandsmerkmal der Besitzrechtsableitung meint. Während zum Beispiel bei den gesetzlichen Pfandrechten das Gesetz die vertragliche Begründung eines Pfandrechtsverhältnisses ersetzt und damit das Recht des Pfandgläubigers vom Pfandschuldner ausgehen läßt [1], greift der Staat bei der Enteignung und auch bei der Pfändung in das Recht des Betroffenen ein, indem er ihm Besitz und Recht entzieht und weist dem Begünstigten Besitz und Recht zu. Durch die Zwischenschaltung des Staatsorgans und die staatliche Beschlagnahme als Entstehungstatbestand des Gläubigerrechts wird damit die Rechtsbeziehung, die bei den gesetzlichen Pfandrechten unmittelbar zwischen Gläubiger und Schuldner ent- und besteht, aufgelöst in eine Rechtsbeziehung einerseits zwischen dem Schuldner und dem staatlichen Vollstreckungsorgan, andererseits zwischen letzterem und dem Gläubiger.

d) Wegen des Fehlens eines Rechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner besteht auch kein Herausgabeanspruch des Schuldners. Das öffentliche Recht gewährt dem Schuldner als Rechtsbehelf gegen den Gläubiger die Vollstreckungsabwehrklage des § 767. Diese Klage ist jedoch nicht eine Leistungsklage zur Durchsetzung des Herausgabeanspruchs aus dem besseren Recht des Schuldners an der Sache. Der Besitz des Gläubigers und seines Mittlers, des Gerichtsvollziehers, an der Sache ist nicht Streitgegen-

---

1) Formel der Fälle der Besitzrechtsableitung durch Gesetz.

stand des Verfahrens. Die Klage richtet sich nicht gegen eine bestimmte Zwangsvollstreckungsmaßnahme [1], hier die Pfändung, sondern gegen die Vollstreckbarkeit des Gläubigertitels und ist damit "sachlich eine Fortsetzung des alten Prozesses" [1]. Obsiegt der Schuldner, so hat er nicht sein bestehendes Recht an der Sache durchgesetzt, sondern das Urteil hat im Wege der Rechtsgestaltung [2] die Voraussetzung der staatlichen Zwangsvollstreckung, die Vollstreckbarkeit des Titels beseitigt. Erst mittelbar durch das Urteil wird der Gerichtsvollzieher verpflichtet, die staatliche Beschlagnahme aufzuheben, §§ 775, Nr. 1, 776 ZPO. Damit zeigt sich auch hier, daß dem Schuldner in der Zwangsvollstreckung jegliche unmittelbare Rechtsbeziehung zum Gläubiger in Bezug auf die Pfandsache fehlt, daß ihm eine Rechtsmacht, die dem Herausgabeanspruch vergleichbar wäre, genommen ist und nicht etwa seinem Recht nur die "Einrede" der Pfändung entgegensteht. Damit fehlt aber das in § 868 vorausgesetzte unmittelbare rechtliche und soziale Machtverhältnis, das den mittelbaren Besitzer zum Oberbesitzer gegenüber dem Besitzmittler macht. Der zivilrechtliche Eigentums-Herausgabeanspruch ist gegenüber dem Gläubiger in gleicher Weise wie gegenüber dem Gerichtsvollzieher ausgeschlossen [3]. Im übrigen hat der Schuldner gegen den Gläubiger bei unberechtigter Verwertung nur die außervertraglichen Ersatzansprüche der §§ 823, 812 [4], was ebenfalls auf das Fehlen einer Rechtsbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner hinweist.

---

1) Baumbach-Lauterbach § 767 ZPO, Anm. 1 A.
2) Die Vollstreckungsabwehrklage ist prozessuale Gestaltungsklage; statt aller Baumbach-Lauterbach aaO.
3) Vgl. statt aller Baumbach-Lauterbach § 766, Anm. 1 und die Nachweise Fußnote 1, S. 62.
4) Stein-Jonas-Schönke-Pohle vor § 704 IX 4.

e) Der Umstand allein, daß der Schuldner die Pfandsachen u.U. zurückerhalten kann und der Gläubiger deshalb "auf Zeit" besitzt, vermag die Annahme eines Besitzmittlungsverhältnisses nicht zu tragen. Abgesehen davon, daß beim Verwertungscharakter des Pfändungspfandrechts im Gegensatz zum Sicherungscharakter des Vertragspfandrechts diese Möglichkeit als die Ausnahme von der Regel erscheint, ist auch hier entscheidend, daß der Schuldner aus eigenem Recht diese zeitliche Begrenzung nicht durchzusetzen vermag, sondern auf den konstitutiven Staatsakt des Gestaltungsurteils (vgl. oben d)) oder die Aufhebung der Pfändung angewiesen ist. Damit besteht auch zwischen Gläubiger und Schuldner kein Besitzmittlungsverhältnis; der Schuldner verliert bei der Pfändung und Wegschaffung der Pfandsachen jeden Besitz[1].

---

1) Ebenso Eichler, S. 23, Fußnote 43; Bartels, GruchBeitr. Bd. 42, S. 672; Palandt-Hoche § 868 2c bb; bis zur 10. Auflage: RGRK § 868, Anm. 3; Staudinger-Seufert § 868 II 2g.

§ 8 Die Vererbung des Verwaltungs- und Amtsbesitzes.

I. Der Besitzbegriff des § 857.

Bevor man die Bedeutung des Verwaltungs- und Amtsbesitzes im Zusammenhang mit dem § 857 untersuchen kann, muß geklärt werden, was unter Besitz i.S. des § 857 zu verstehen ist. Die Lehre ist mit wenigen Ausnahmen von den Protokollen [1] bis zu den neueren Untersuchungen von Siebert [2] und Müller-Erzbach [3] darüber einig, daß der Besitzbegriff des § 857 nicht die tatsächliche Gewalt über die Sache i.S. von § 854 sein kann. Den Übergang der tatsächlichen Gewalt des Erblassers auf den Erben zu dekretieren, wäre das Gesetz auch ohnmächtig [4], das ist eine Tatfrage.

Die Meinung darüber, was positiv unter Besitz i.S. des § 857 zu verstehen ist, sind jedoch geteilt. Sie reichen von der Annahme einer bloßen Fiktion [5] über die Definitionen "Besitz ohne Sachherrschaft" [6] und "vergeistigte Sachherrschaft" [7], wie wir sie oben für den mittelbaren Besitz vertreten haben, bis zur Annahme einer tatsächlichen Sachherrschaft ähnlich § 854 [8]. Wenn wir uns auch oben beim mittelbaren Besitz der Konstruktion der "vergeistigten Sachherrschaft" angeschlossen haben, glauben wir doch mit guten Gründen, für den Erbenbesitz die Konstruktion des "Besitzes ohne Sachherrschaft" i.S. der Deduktion von Siebert aaO vertreten zu können, weil mittelbarer Besitz

---

1) Prot. V, S. 650 ff.
2) ZHR Bd. 93, S. 12.
3) Iherings DogmJahrb. Bd. 61, S. 360.
4) Wolff-Raiser § 12 I 4.
5) Müller-Erzbach aaO.
6) h.M. Siebert ZHR Bd. 93, S. 10; Wolff-Raiser § 12 I 4; Binder I, S. 47.
7) Strohal, Iherings DogmJahrb. Bd. 38, S. 62; Rosenberg Sachenrecht § 857, 1.
8) Planck-Brodmann § 857, 2; Heck § 10.

und Erbenbesitz sich in einem wesentlichen Punkt grundlegend unterscheiden.

Während nämlich der mittelbare Besitzer in jedem Falle durch die Anerkennung des Mittlers, und durch das Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Mittler eine objektive und subjektive Sachbeziehung hat, kann diese beim Erben völlig fehlen. Der Erbe nämlich, der seinen Erbenbesitz nicht durch Ergreifung der tatsächlichen Gewalt "verdichtet" hat, der evtl. von dem Anfall der Erbschaft nichts weiß, entbehrt nach jeder vernünftigen Lebens- und Verkehrsanschauung einer tatsächlichen Macht über die Nachlaßgegenstände; die Nachlaßgegenstände werden dann - von der Verkehrsanschauung aus betrachtet - entweder von niemandem tatsächlich beherrscht [1], oder von Personen, die mit dem Erben in keiner Beziehung stehen, ihm also den Besitz nicht vermitteln. Zur Veranschaulichung mag der bekannte Strafrechtsfall von der Brieftasche des auf der Straße Verstorbenen dienen: Auf die Frage, wer die tatsächliche Gewalt über die bei der Leiche befindliche Brieftasche hat, wird die Verkehrsanschauung antworten: Niemand. Trotzdem bestimmt § 857, daß der Erbe auch an dieser Brieftasche Besitz hat. Die Rechtsordnung knüpft also an diesen Tatbestand dieselben Rechtswirkungen, wie an den Tatbestand der rechtlich geschützten tatsächlichen Gewalt; sie nennt ihn Besitz, auch ohne die sonst notwendigen Voraussetzungen, und schuf damit im Falle des § 857 einen Besitz ohne Sachherrschaft. Das Gesetz vermeidet damit im Interesse der Universalsukzession und der Kontinuität die vom Gesichtspunkt der tatsächlichen Gewalt notwendige Folgerung, daß bis zur tatsächlichen Ergreifung des Besitzes durch den Erben im Besitz eine hereditas iacens vorläge [2].

---

1) Vgl. § 1960 BGB.
2) Vgl. Lange § 5, 4.

Von dieser ratio des Erbenbesitzes als Wahrer der Kontinuität im Besitzstand werden wir auszugehen haben, wenn wir die Bedeutung des Amtsbesitzes, Verwaltungsbesitzes im Zusammenhang mit § 857 untersuchen.

II. Die grundsätzliche Geltung des § 857 für den Amts- und Verwaltungsbesitz.

Bei der Einordnung des Verwaltungsbesitzes und des Amtsbesitzes in den Erbenbesitz des § 857 wollen wir, entsprechend der Absicht der Arbeit, das Besitzrecht von unnötigen Komplikationen zu befreien, wie bisher versuchen, mit der gesetzlichen Regelung auszukommen, damit auch für den Fall des § 857 auf die besonderen Besitzarten Verwaltungsbesitz, Amtsbesitz verzichtet und auch hier jeder Besitz gleich behandelt werden kann.
Die apodiktische Kürze des Gesetzeswortlauts in § 857 gibt zunächst keine Anhaltspunkte für eine Ausnahme: Verwaltungsbesitz und Amtsbesitz sind Besitz i.S. des BGB-Besitzrechts; gem. § 857 geht der Besitz auf den Erben über, also auch der Verwaltungsbesitz und Amtsbesitz auf die Erben des Verwalters. Diese lapidare Schlußfolgerung wird unterstützt durch die Protokolle[1], die an der einschlägigen Stelle keinen Hinweis auf eine Ausnahme geben, sondern vielmehr den Verwaltungsbesitz ausdrücklich mit einbeziehen. Dies schon deshalb, weil die oben I dargelegte ratio des Erbenbesitzes in gleichem Maße für den Erben des Verwalters, wie für den gewöhnlichen Erben gilt.

---

1) Prot. V, S. 650 ff.

Die Kontinuität des Besitzstandes kann nicht anders gewahrt werden, als durch Übergang des Verwaltungs- bzw. Amtsbesitzes auf den Erben. Stirbt z.B. der Konkursverwalter und sein Massebesitz ginge nicht auf den Erben über, so entstünde im Besitzstand eine heredita iacens. Eine Besitzvererbung auf den nachfolgenden Verwalter tritt nach herrschender Meinung nicht ein[1]. Sie wäre auch konstruktiv unmöglich, weil der nachfolgende Verwalter mangels Ernennung (vgl. § 78 KO) beim Tode des Erblassers noch nicht existiert, eine analoge Anwendung der Gesamtrechtsnachfolge auf die Nachfolge in ein Sondervermögen aber jedenfalls zur Voraussetzung hätte, daß entsprechend § 1923 BGB der Übernehmende im Zeitpunkt des Anfalls bereits existiert. Die Annahme von Strohal[2] und auch Martin Wolff, der Verwaltungsbesitz gehe auf den nachfolgenden Verwalter über, beruht unseres Erachtens auf einer ungerechtfertigten Parallele zum Fall der Nacherbschaft[3].

Während nämlich bei der Nacherbschaft im Falle des Todes des Vorerben § 857 zweimal zum Zuge kommt - einmal für die Erben des Vorerben, zum anderen für den Nacherben gem. § 2139 - und damit die Kontinuität des Besitzstandes jedenfalls gewahrt ist, gleichgültig, wem man dann nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten den Besitz zuerkennt, gibt es nach dem oben dargelegten keine gesonderte Kontinuität hinsichtlich des Verwaltungsvermögens. Wenn also der Verwaltungsbesitz nicht auf die Erben des Verwalters übergeht, geht er mit dem Tode unter[4]. Bis zur Ergreifung durch den nachfolgenden Verwalter ist die Sache besitzlos[5]. Dies aber soll in jedem Falle vermieden

---

1) Für alle anderen Jaeger KO § 117, Anm. 8; Rosenberg, Sachenrecht § 857 VII; Rohde Abschn. XXIII, S. 43 ff; a.M. Wolff-Raiser § 12 II 2.
2) Iherings DogmJahrb. Bd. 38, S. 98.
3) So auch Staudinger-Seufert § 857 IV 2d, a.E.
4) Gleichgültig, ob man mittelbaren Besitz des Gemeinschuldners annimmt oder nicht. Verliert der Besitzmittler den Besitz, so geht auch der mittelbare Besitz unter, h.M. statt aller Wolff-Raiser § 15 II 1.
5) Nach h.M. gegen Wolff-Raiser § 12 II 2 wird der Konkursverwalter z.B. erst mit der Ergreifung Besitzer. § 117 KO ermächtigt ihn nur dazu; vgl. statt aller Jaeger § 117 KO. Entsprechendes gilt für die übrigen Amtsbesitzer; ebenso Oertmann, Iherings DogmJahrb. Bd. 44, S. 211; Westermann § 15 III, Zunft JZ Bd. 59, S. 279; für den Ehemann BGHZ Bd. 2, S. 167.

werden. Hier zeigt sich deutlich, daß der Verwaltungsbesitzer zwar in fremdem Interesse handeln und besitzen kann, daß aber der Besitz einer Person immer derselbe ist, gleichgültig, welche Motive ihm zugrundeliegen. Der Besitz des Verwalters ist immer sein eigener (nicht Eigenbesitz) Besitz, ein ihm persönlich zustehendes Rechtsgut, auch wenn er in fremdem Interesse besitzt. "Eine Spaltung der Individualität des Verwalters für einen Besitz qua Konkursverwalter und qua Privatmann erscheint undenkbar. Es liegt hier eine Verwechslung der Legitimations- mit der Besitzfrage vor" [1].

2) Das Interesse des Erben des Verwalters an der Besitzvererbung ist mindestens in gleicher Weise berechtigt, wie das des gewöhnlichen Erben. Der Erbe haftet für die Verwaltung des Erblassers (§ 1967 BGB), er ist zur Herausgabe verpflichtet und muß bis dahin u.U. entsprechend § 673 BGB für die zum Verwaltungsvermögen gehörigen Gegenstände sorgen. Zur Durchführung dieser Pflichten und zur Abwehr fremder Zugriffe braucht er Besitz und Besitzschutz.
Dieses Argument für die Vererbung des Verwaltungsbesitzes findet sich bereits in den Protokollen [2].
Die Literatur geht in Übereinstimmung damit ebenfalls von der grundsätzlichen Vererblichkeit jeder Art von Besitz aus und bezieht auch den Verwaltungsbesitz ausdrücklich mit ein: "Die Besitzvererbung gilt für allen Besitz ... Eigenbesitz und Fremdbesitz ..." [3]; "§ 857 findet Anwendung auf alle anerkannten Besitzverhältnisse" [4]; "der Besitzüber-

---

1) Binder aaO, S. 55 in ähnlichem Zusammenhang.
2) Prot. V, S. 652.
3) Wolff-Raiser § 12 I 1.
4) Staudinger-Seufert § 857 II 3.

gang vollzieht sich im übrigen ausnahmslos in allen Fällen ..., gleichviel wie dieser Besitz geartet ... war"[1] [2].

Bedenken gegen die grundsätzliche Vererblichkeit des Amtsbesitzes, Verwaltungsbesitzes aus dem Gesichtspunkt, daß das Recht zum Besitz nicht mit auf den Erben übergehe, weil das Verwalteramt in aller Regel ein höchstpersönliches ist, werden in der neueren Literatur zu Recht nicht mehr erhoben[3]. Die Frage nach dem Recht zum Besitz ist auch hier losgelöst von dem Besitz selbst. Das ergibt sich allein schon aus der Stellung des § 857 innerhalb des Abschnittes Besitz. Strohal[4] hat zunächst auf der Grundlage seiner Konstruktion des Verwaltungsbesitzes[5] noch unter der Herrschaft des gemeinrechtlichen Besitzbegriffs ganz entschieden[6] den Standpunkt eingenommen, daß der Verwaltungsbesitz in keinem Fall der Regelung des § 857 unterliege. Auch er hat jedoch für das BGB-Besitzrecht die Vererbung des Verwaltungsbesitzes später grundsätzlich bejaht[7], wenn auch unter zahlreichen Ausnahmen. Damit kann in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung sowohl in dogmatisch konstruktiver Hinsicht, als auch nach der Interessenlage von einer grundsätzlichen Vererbung des Amtsbesitzes und Verwaltungsbesitzes auf die Erben des Verwalters gem. § 857 ausgegangen werden.

---

1) RGRK § 857, Anm. 3, 4.
2) Ebenso RG JW Bd. 18, S. 368; BGHZ Bd. 2, S. 167; Westermann § 45 § 4; Ronde, Abschn. XVIII, 4; im Grundsatz auch Binder I, S. 54; Kreß, S. 189.
3) So auch Endemann II, § 357, Anm. 6; a.M. für alle anderen RG aaO; Kreß, S. 189; Rosenberg, Sachenrecht § 857, II; Binder, S. 51.
4) Iherings Dogmjahrb. Bd. 29, S. 370.
5) Siehe § 2 I.
6) "Es gibt Sätze von solcher Evidenz".
7) Iherings Dogmjahrb. Bd. 38, S. 95 ff.

III. Ausnahmen vom Grundsatz des § 857.

Es fragt sich jedoch, ob für bestimmte Fälle des Amtsbesitzes und Verwaltungsbesitzes Ausnahmen vom Grundsatz des § 857 gemacht werden müssen. In Anlehnung an Strohal aaO, S. 95 ff soll § 857 dann keine Anwendung auf den Verwaltungsbesitz und Amtsbesitz finden, wenn

1) der Verwalter den Besitz durch Besitzdiener ausübt; Beispiel[1]: Ein Konkursverwalter führt einen Fabrikbetrieb des Gemeinschuldners fort. Dies entspricht der von Wolff-Raiser[2] gemachten Ausnahme von § 857, wenn der Verwaltungsbesitz vom übrigen Vermögen des Verwalters getrennt ist[3];
2) wenn der Verwalter den Besitz noch nicht tatsächlich ergriffen hatte[4];
3) wenn der Verwalter nur mittelbarer Besitzer ist, weil er z.B. als Konkursverwalter zur Masse gehörige Wertpapiere hinterlegt hat[5].

Zu 1):
Die Ansichten über die konstruktive Rechtfertigung dieser Ausnahme sind geteilt[6]. Gerade die Begründung bei Strohal aaO zeigt, daß man sich an der rein tatsächlichen Vorstellung stößt, daß die Erben eines Konkursverwalters z.B. Besitzer von Sachen werden können, mit denen sie nichts zu tun haben, weil der Besitz auf dem höchstpersönlichen Verwalteramt des Erblassers beruhte.
Für das vom Privatvermögen des Verwalters getrennte Ver-

---

1) Bei Strohal aaO, S. 99.
2) § 12 II 3.
3) Anm. Biermann § 857, 2; Planck-Brodmann § 857, 3; Binder I, S. 54; Kreß, S. 188, 189; Rosenberg, Sachenrecht § 857 II 3c.
4) Staudinger-Seufert § 857, Anm. 7; Wolff-Raiser § 12 II, 3; u.a. Palandt-Hoche § 857, Anm. 1.
5) Strohal aaO, S. 98; Binder I, S. 54, 55.
6) Vgl. Binder I, S. 55 gegen Strohal aaO.

waltungsvermögen gilt zunächst das oben zu II, 1) gesagte. Eine Sonderrechtsnachfolge auch in den getrennten Verwaltungsbesitz ist nicht möglich, die Parallele zur Nacherbfolge scheitert daran, daß § 857 zwar für den Nacherben, nicht aber für den nachfolgenden Verwalter gilt. Nur bei der Nacherbschaft kann daher die räumliche Trennung Kriterium dafür sein, daß ein Teil des Vermögens gem. § 857 dem Erben des Vorerben, der andere Teil gem. § 857 dem Nacherben zufällt.

Beim Verwaltungsbesitz ginge ohne Anwendung des § 857 der Besitz mit dem Tode des Verwalters unter, die Gegenstände würden besitzlos. Diese Folge ist für den räumlich getrennten Verwaltungsbesitz aber noch weniger wünschenswert. Der nachfolgende Konkursverwalter, der gem. § 117 KO den Besitz ergreifen muß, würde in diesem Falle gegenüber einer Besitzstörung oder -entziehung auf die Klage aus dem Recht verwiesen, weil an der Sache seit dem Tode seines Vorgängers kein Besitz mehr bestand. An diesen Bedenken muß die Ausnahme 1) scheitern.

Zu untersuchen bleibt jedoch, welche Folgen der Besitz des nichtberechtigten Erben hat und auf welche Weise sich der Besitzübergang auf den nachfolgenden Verwalter vollzieht. Beim nichtgetrennten Verwaltungsbesitz ist dies unproblematisch. Der Erbe des Verwalters wird hier den Erbenbesitz am gesamten Nachlaß durch Ergreifung der tatsächlichen Gewalt verdichten, um dann Privat- vom Verwaltungsvermögen zu sondern. Er erlangt also unmittelbaren Besitz nach § 854 auch am Verwaltungsvermögen. Diese Konsequenz ist mit der grundsätzlichen Anerkennung des § 857 für diesen Fall verbunden. Der nachfolgende Verwalter ist, falls der Erbe nicht freiwillig die Verwaltungsgegenstände herausgibt, auf die Klage aus dem Recht angewiesen.

Bei dem vom Privatvermögen räumlich getrennten Verwaltungsbesitz kann dem Erben eine tatsächliche Besitzergreifung ebenfalls nicht verwehrt werden. Ein solcher Versuch wäre verbotene Eigenmacht gegen den Erbenbesitz, deren sich der Erbe gem. § 859 mit Gewalt erwehren kann. Ebenso kann der nachfolgende Verwalter den Besitz nicht gegen den Willen des Erben tatsächlich ergreifen, er würde dabei verbotene Eigenmacht üben. Die Vorschriften §§ 117 KO, 2205 BGB u.ä. für andere Verwalter sind lediglich Anspruchsnormen, sie enthalten keine gesetzliche Gestattung i.S. des § 858, Satz 2 [1]. In beiden Fällen muß der nachfolgende Verwalter mit der Klage aus dem Recht gegen den Erben vorgehen. Dieser Nachteil fällt jedoch gegenüber der Notwendigkeit, die Besitzlosigkeit, die ohne § 857 einträte, zu vermeiden, nicht ins Gewicht. Der Erbe ist schuldrechtlich durch §§ 1967, 673 verpflichtet. Er hat in der Regel das eigene Interesse, diese Verpflichtungen ordnungsgemäß abzuwickeln. Handelt er dolos, so ist die Lage des nachfolgenden Verwalters ihm gegenüber immer besser, als gegenüber einem unbekannten Störer, gegen den ohne § 857 kein Besitzschutz bestünde. Der Verkehrsanschauung liegt jedoch diese Möglichkeit einer Durchsetzung des Erbenbesitzes des Verwaltererben gegen den nachfolgenden Verwalter für den Fall des räumlich getrennten Verwaltungsvermögens fern. In der Praxis erscheint es absurd, daß der Verwaltererbe die Fabrik des Gemeinschuldners, oder die Witwe des Gerichtsvollziehers das Dienstzimmer betritt. Der Erbenbesitz ist als rechtliches Abstraktum in der Verkehrsanschauung nicht vorhanden. Die Nachlaßgegenstände sind aus dem Gesichtspunkt der tatsächlichen Gewalt "herrenlos". Das Gesetz geht in §§ 2025, Satz 2, 2027 II, 1960 selbst davon aus, daß dieser

---

1) Statt vieler Jaeger KO § 117, Anm. 12; Staudinger-Seufert § 858 III.

Zustand alsbald durch Ergreifung der tatsächlichen Gewalt beendet wird.
Entsprechend dieser Verkehrsanschauung wird der Verwaltererbe das tatsächlich in Besitz nehmen, was ihm gehört, d.h. er wird in das Haus des Erblassers einziehen und sich des dort vorhandenen Nachlasses bemächtigen. Vom räumlich getrennten Verwaltungsvermögen weiß der Erbe entweder nichts, oder er betrachtet es als fremdes Vermögen, mit dem er nichts zu tun hat. Der nachfolgende Verwalter wird seinerseits entsprechend seiner gesetzlichen Verpflichtung (§ 117 KO z.B.) unverzüglich das Verwaltungsvermögen in Besitz nehmen, soweit es, wie die Fabrik des Gemeinschuldners, vom Privatvermögen des Erblassers räumlich getrennt ist und damit im Tatsächlichen eine Kollision mit dem Erben nicht auftritt.
Durch die Ergreifung der tatsächlichen Gewalt erlangt der nachfolgende Verwalter den Besitz gem. § 854 I. Der Erbenbesitz geht damit in entsprechender Anwendung des § 856 I unter. Da im Regelfall - für die Ausnahme s.o. S. 86 - die Besitzergreifung mit demWillen (§ 858 I) des Erben erfolgt, erlangt der Verwalter fehlerfreien Besitz.
Findet der nachfolgende Verwalter, wenn er den Besitz ergreifen will, eine Besitzstörung oder -entziehung vor, so hat er aus eigenem Recht keine Besitzschutzansprüche, weil er nicht Besitzer ist. An dem Gegenstand besteht vor der Ergreifung durch den Verwalter nur der Erbenbesitz des Verwaltererben. Nur gegen diesen übt der Störer, etwa der Gemeinschuldner, der sich der Sache wieder bemächtigt hat, verbotene Eigenmacht. Der nachfolgende Verwalter muß sich daher in diesem Falle vom Verwaltererben den Besitzschutzanspruch abtreten [1] oder sich ermächtigen lassen, gem. § 859

---

1) Eine solche Abtretung ist zulässig, RG in Das Recht 1914 Nr. 1839.

die verbotene Eigenmacht gegen den Erbenbesitz abzuwehren, um dadurch in den Besitz des Verwaltungsvermögens zu gelangen; der Erbe ist gem. § 673 insoweit zur Mitwirkung verpflichtet.
Diese Lösung entspricht u.E. bei den gegebenen gesetzlichen Voraussetzungen am besten den Interessen der Beteiligten. Da eine Sonderrechtsnachfolge in den Besitz von Verwalter zu Verwalter nicht möglich ist, muß der Nachteil, daß der Verwaltererbe auch gegenüber dem nachfolgenden Verwalter den aus tatsächlichen Gründen kaum bedeutsamen Besitzschutz genießt, gegenüber dem Vorteil, daß damit während des Verwalterwechsels keine Besitzlosigkeit am Verwaltungsvermögen eintritt, in Kauf genommen werden. Außerdem wird damit auch für diesen Fall eine Ausnahme von der gesetzlichen Besitzregelung für den Verwaltungsbesitz, Amtsbesitz vermieden.

Zu 2):
In diesem Falle ist die unzulässige Analogie zum Falle der Nacherbfolge offenkundig. Der Vorerbe, der den Besitz am Nachlaß noch nicht tatsächlich ergriffen hat, ist gem. § 857 Erbenbesitzer. Ergreift er den Besitz tatsächlich nicht bis zu seinem Tode, so gilt - gem. § 2139 - § 857 für den Nacherben, der Besitz geht auf ihn über. Schwierigkeiten der Abgrenzung gegenüber den Erben des Vorerben ergeben sich nicht, weil die Nacherbschaft nicht in der tatsächlichen Gewalt des Vorerben gewesen ist.
Anders beim Verwaltungsbesitz. Der Verwalter, der den Besitz nicht tatsächlich ergriffen hat, hat überhaupt keinen Besitz. § 117 KO, § 2205 BGB u.ä. Vorschriften ermächtigen den Verwalter, den Besitz zu ergreifen, sie bestimmen das Recht und die Pflicht, das Verwaltungsvermögen durch Ergreifung der tatsächlichen Gewalt in Besitz zu nehmen [1].

---

1) a.M. Wolff-Raiser aaO; h.M. vgl. oben zu 1); für alle anderen Jaeger zu § 117 KO, Anm. 6.

Durch die Konkurseröffnung tritt keine konstitutive Gesamtnachfolge im Besitz am Verwaltungsvermögen ein. Schon der Wortlaut des § 117 KO und § 2205 BGB z.B. weist darauf-hin, daß der Verwalter gem. § 854 zur Erlangung des Besitzes eine Besitzergreifungshandlung vornehmen muß. "§ 6 II KO verleiht lediglich die Rechtsmacht, die tatsächliche Gewalt soll sich der Konkursverwalter sofort verschaffen" [1]. Auch hier wäre das Gesetz ohnmächtig, den Übergang der tatsächlichen Gewalt auf den Konkursverwalter zu dekretieren. Vor der tatsächlichen Besitzergreifung hat also der Verwalter lediglich das Recht auf den Besitz, nicht aber den Besitz. Stirbt der Verwalter z.B. zwischen Konkurseröffnung und Besitzergreifung, so entsteht das Problem des § 857 nicht, weil noch kein Verwaltungsbesitz vorhanden ist, der sich vererben könnte. Der nachfolgende Verwalter muß erst die Besitzergreifung vornehmen. Es handelt sich also hier nicht um eine Ausnahme von § 857. Die Vererbung des Verwaltungsbesitzes erfolgt nur deshalb nicht, weil noch kein Besitz beim Erblasser vorliegt.

Zu 3):
Wesentlich problematischer ist die Vererbung des mittelbaren Verwaltungs- und Amtsbesitzes gestaltet. Das Strohal'sche Hinterlegungsbeispiel [2] wird sehr unterschiedlich gelöst. Strohal selbst meint, daß "die aus dem mittelbaren Besitz sich ergebende Rechtsstellung nicht dem Konkursverwalter schlechthin, sondern der N'schen Konkursverwaltung und dem Konkursverwalter nur insofern zukommt, als er Träger dieser Verwaltung ist ... . Für denFall des Todes des Konkursverwalters ergibt sich daraus der Schluß, daß der in Frage stehende mittelbare Besitz auf den Erben des Konkursverwalters unmöglich übergehen kann" [3].

---

1) Jaeger aaO.
2) Vgl. oben S. 84, 3) und Fußnote 5.
3) Iherings DogmJahrb. Bd. 38, S. 98.

Binder [1] kommt zum gleichen Ergebnis, wendet sich jedoch gegen die Begründung Strohals, weil eine Unterscheidung von Besitz qua Konkursverwalter und qua Privatmann undenkbar sei. Er begründet die Unvererblichkeit des mittelbaren Verwaltungsbesitzes damit, daß der dem mittelbaren Besitz zugrundeliegende Herausgabeanspruch nicht zum Vermögen des Konkursverwalters gehöre, mithin von ihm nicht vererbt werden könne.
Jaeger [2] wendet sich gegen beide Autoren und begründet das gleiche Ergebnis damit, daß der Konkursverwalter mit der Hinterlegung seinen eigenen Besitz völlig verliert, so daß nur ein Besitzmittlungsverhältnis zwischen Verwahrer und Gemeinschuldner bestehe. Bei seinem Tode habe er also an den hinterlegten Massesachen gar keinen Besitz, es finde keine Vererbung statt, so daß eine Ausnahme von § 857 nicht vorliege. Alle drei Autoren sind sich also im Ergebnis einig, begründen es jedoch ganz unterschiedlich. Falls die Begründung von Jaeger aaO richtig ist, bedarf es keiner Untersuchung des Vererbungsproblems, da dann kein mittelbarer Verwaltungsbesitz des Konkursverwalters existiert; damit muß zunächst das Problem des mittelbaren Verwaltungsbesitzes untersucht werden.
Mittelbarer Besitz kann durch einen Vertreter für den Vertretenen begründet werden, indem der Vertreter, der vorher Mittler des Vertretenen war, den unmittelbaren Besitz auf einen Dritten überträgt und im Namen des Vertretenen mit diesem ein Rechtsverhältnis der in § 868 bezeichneten Art vereinbart. Z.B.: Der Hausverwalter, als Mittler für den Hauseigentümer, vermietet das Haus im Namen des Eigentümers.

---

1) aaO, S. 54.
2) KO § 117 Anm. 10 mit weiteren Nachweisen für diese Meinung.

Der Mieter vermittelt dann dem Hauseigentümer den Besitz. Der Besitz des Hausverwalters geht gem. § 856 I unter. Solange dabei der Vertreter in fremdem Namen den schuldrechtlichen Vertrag abschließt, wird er immer aus der Besitzleiter ausscheiden, weil der Mittler nicht ihm, sondern dem Vertretenen auf Zeit zum Besitz berechtigt bzw. verpflichtet ist, mit dem Vertreter also kein Besitzmittlungsverhältnis entsteht.
Anders, wenn der Hausverwalter im eigenen Namen die fremde Sache vermietet oder hinterlegt. Dann ist er Vertragsgegner des Besitzmittlungsverhältnisses, der Mieter ist ihm gegenüber zum Besitz berechtigt, er erwirbt den Herausgabeanspruch. Es entsteht eine Besitzleiter mit dem Mieter als unmittelbarem Besitzer, dem Verwalter als erstem und demEigentümer als zweitem mittelbaren Besitzer.
Da die Amtsbesitzer, z.B. Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker, Nachlaßverwalter in der Regel schuldrechtliche Verbindlichkeiten zwar im eigenen Namen, aber erkennbar als Verwalter und mit Wirkung für und gegen den Eigentümer des Verwaltungsvermögens eingehen, scheint zunächst die Meinung von Jaeger zuzutreffen, daß z.B. der Konkursverwalter wie der rechtsgeschäftliche Vertreter mittelbaren Besitz im Falle einer Vermietung oder Hinterlegung nur für denVertretenen erwerben könne. Hiergegen erheben sich jedoch entscheidende Bedenken. Die gesetzlichen Verwalter haben im Gegensatz zum rechtsgeschäftlichen Vertreter ein durch den Verwaltungszweck begründetes eigenes Recht zum Besitz (z.B. §§ 117 KO, 2205 BGB, 1986 I BGB, 150 II ZVG), das nicht vom Vertretenen abgeleitet ist, sondern ihnen kraft Gesetzes zusteht [1]. Insbesondere beim Konkursverwalter ist dieses Recht gegen den Gemeinschuldner

---

1) Vgl. Martin Wolff, Das Recht zum Besitz, S. 6, 7.

gerichtet, es ist das tatsächliche Pendant zur rechtlichen Verfügungsbeschränkung des § 6 KO.
Während der Dauer der Verwaltung wird damit das Eigentum des Vertretenen, soweit es das Recht zum Besitz zum Inhalt hat, eingeschränkt zugunsten des Verwaltungsinteresses. Der Grundsatz, daß der Gemeinschuldner im Konkurs Träger des Vermögens bleibt, ist durch die Spezialvorschrift des § 117 KO hinsichtlich des Besitzes eingeschränkt. Damit kann aber der Verwahrer von Massesachen sein Recht zum Besitz nicht vom Gemeinschuldner, sondern nur vom Konkursverwalter ableiten. Die Besitzrechtsableitung ist aber, wie oben § 5, II 2) dargelegt, wesentliches Kriterium der Besitzvermittlung; mittelbarer Besitzer ist derjenige, von dem der Mittler sein Recht zum Besitz ableitet, das ist in unserem Falle der Konkursverwalter.
Die anderen Voraussetzungen des mittelbaren Besitzes, das Besitzmittlungsverhältnis und der daraus sich ergebende Herausgabeanspruch liegt jedoch in der Person des Gemeinschuldners vor, weil der Konkursverwalter den schuldrechtlichen Vertrag im Namen [1] und für Rechnung der Masse, also des Gemeinschuldners, abgeschlossen hat. Die Frage, welche von beiden Kriterien des mittelbaren Besitzes nun mehr Gewicht hat, d.h. wem nun der mittelbare Besitz zustehen soll, beantwortet sich durch eine Untersuchung der Bedeutung des Besitzmittlungsverhältnisses als Voraussetzung für den mittelbaren Besitz.
Wir haben oben in § 5 der Abhdlg. den mittelbaren Besitz als echten Besitz, wirkliche vergeistigte Sachherrschaft qualifiziert, die durch die rechtliche und tatsächliche Bindung des Mittlers an den mittelbaren Besitzer getragen ist.
In Anwendung dieses Grundsatzes folgt die Rechtslehre hin-

---

1) So jedenfalls nach der von Jaeger vertretenen Vertretertheorie, der, um ihn zu widerlegen, hier gefolgt werden muß.

sichtlich der Anforderungen, die an ein Besitzmittlungsverhältnis gestellt werden, nicht dem Formalismus schuldrechtlicher Vertragskonstruktionen. Das Besitzmittlungsverhältnis braucht nicht notwendig rechtsgültig zu sein, es kann auch nur vermeintlich bestehen [1], wenn sich nur ein Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzes und die Unterordnung des Mittlers unter den mittelbaren Besitzer daraus ergibt. Der mittelbare Besitz endet auch nicht notwendig damit, daß der schuldrechtliche Vertrag beendet wird. (z.B. bleibt bei Kündigung des Vermieters der Mieter Mittler bis zur Rückgabe der Sache). Schließlich kann durch einseitigen Willensentschluß des Mittlers - Nichtanerkennung des mittelbaren Besitzes - trotz Fortbestehens des schuldrechtlichen Vertrages der mittelbare Besitz beendet werden [2].

Hier zeigt sich, daß auch der mittelbare Besitz als vergeistigte Sachherrschaft nicht eine bloße Rechtsfigur ist, sondern ähnlich dem unmittelbaren Besitz weitgehend tatsächliche Momente enthält, die auch dann zur Annahme eines mittelbaren Besitzes führen, wenn das Besitzmittlungsverhältnis den Anforderungen des Schuldrechts nicht genügt [3].

In konsequenter Anwendung der Lehre von der vergeistigten Sachherrschaft ist das Besitzmittlungsverhältnis nur die Darstellung der Bindung des Mittlers an den mittelbaren Besitzer, die dem mittelbaren Besitzer die mittelbare Macht über die Sache verschafft. Unter diesen Gesichtspunkten betrachtet gewinnt die schuldrechtliche Beziehung in unserem Beispielsfalle zwischen Gemeinschuldner, Konkursverwalter und Verwahrer besitzrechtlich eine andere Bedeutung.

---

1) Statt vieler Staudinger-Seufert § 868 II 2e, f.
2) a.M. für alle anderen Staudinger-Seufert § 868 V 2b.
3) Anm. Kniep, S. 154; Westermann § 17, 4b, spricht von einem "Lebensverhältnis"; vgl. auch Bruns, S. 156, 157.

Unbeschadet der Wirkung des § 164 I beherrscht der Konkursverwalter durch seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis (§ 6 II KO) den Verwahrungsvertrag. Der Herausgabeanspruch des § 696 steht zwar dem Gemeinschuldner zu, geltendmachen kann ihn nur der Konkursverwalter. Dem Herausgabeverlangen des Gemeinschuldners stünde nicht nur § 6 I, sondern auch § 118 KO entgegen. Der Konkursverwalter bestimmt Beginn, Ende und Modalitäten des Vertrages. Der Abschluß des Verwahrungsvertrages unterliegt gem. § 129 II KO seinem Ermessen. Daraus ergibt sich auch, daß der Verwahrer nur den Konkursverwalter als denjenigen anerkennt, dem er zum Besitz verpflichtet ist, nur seinen Anordnungen wird und darf er folgen.

Diese Argumente greifen aber im Besitzrecht durch. Es kommt nach dem oben Seite 93 Gesagten nicht auf den formellen Rechtsträger an, sondern auf den tatsächlichen Herrn des Besitzmittlungsverhältnisses. Das ist der Konkursverwalter. Er ist also derjenige, von dem der Verwahrer sein Recht zum Besitz ableitet und derjenige, der das Besitzmittlungsverhältnis tatsächlich beherrscht. Er ist damit auch der mittelbare Besitzer[1].

Nur diese Lösung wird dem Sinn des mittelbaren Besitzes als wirkliche - vergeistigte - Sachherrschaft gerecht. Wäre der mittelbare Besitz nur eine rechtliche Fiktion zur Erhaltung des Besitzinteresses könnte eine andere Betrachtungsweise gerechtfertigt sein. Diese Lösung entspricht aber auch dem Verwaltungsinteresse. Der Konkursverwalter hat die Pflicht, die Massesachen in Besitz zu nehmen, § 117 KO. Dieses Besitzes darf er sich nicht wieder begeben. Hinterlegt er, so würde nach der Lösung Jaegers sein Besitz gem. § 856 I untergehen; der Gemeinschuldner würde

---

1) Ähnl. Binder, S. 58; a.M. h.M. vgl. Wolff-Raiser § 8 I 3.

alleiniger mittelbarer Besitzer.
Zwischen dem Gemeinschuldner und der hinterlegten Sache stünde nur noch die rechtliche Verfügungsbeschränkung; nach dem Willen des Gesetzgebers soll aber neben die rechtliche Verfügungsbeschränkung auch die Besitzentziehung treten (§ 117 KO). Zwischen dem Gemeinschuldner und der Sache muß also auch der Besitz des Konkursverwalters bestehen und bestehen bleiben. Nach der Lösung Jaegers könnte der Konkursverwalter zwar im Namen des Gemeinschuldners die Rechte aus § 869 geltendmachen. Im Falle, daß der Verwahrer die Sache nicht mehr übernehmen will (§ 869, Satz 2) könnte er nur verlangen, daß dem Gemeinschuldner der Besitz wieder eingeräumt wird, oder diesem die Aufsuchung und Wegschaffung der Sachen gestattet wird, weil nur der Gemeinschuldner mittelbarer Besitzer war. Das kann nicht gewollt sein.

Damit muß die Frage nach der Vererbung des mittelbaren Besitzes gelöst werden, weil der Verwalter mittelbarer Besitzer bleibt, wenn er hinterlegt.
Die Strohal'sche Lösung (s.o. S. 89) hat Binder aaO mit zutreffenden Gründen abgelehnt, denen wir uns anschließen. Binder (s.o. S. 90) begründet die Unvererblichkeit des mittelbaren Besitzes damit, daß der für den mittelbaren Besitz notwendige Herausgabeanspruch gegen den Mittler nicht dem Verwalter zusteht und damit nicht auf die Erben übergeht und diese damit auch keinen mittelbaren Besitz erlangen. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Allerdings bedarf es dazu, wie Binder aaO S. 54 meint, keiner Ausnahme von § 857. § 857 gilt auch hier. In gleicher Weise aber, wie beim unmittelbaren Erbenbesitz nach jetzt herrschender Meinung die feststehende Unmöglichkeit der Erlangung der tatsächlichen Gewalt den Verlust des Erbenbesitzes in der juristischen Sekunde des Anfalls entsprechend § 856 I (z.B. hinsichtlich der

mit dem Erblasser im Meer versunkenen persönlichen Habe) bedeutet [1], geht der mittelbare Erbenbesitz dann unter, wenn in der Person des Erben die Voraussetzungen für das Bestehen des mittelbaren Besitzes nicht gegeben sind. Auch der mittelbare Besitz unterliegt mangels gesetzlicher Ausnahme der generellen Regelung des § 857 [2]. Der so erlangte mittelbare Besitz des Erben muß aber alsbald untergehen, wenn nach den allgemeinen Regeln über den Verlust des mittelbaren Besitzes eine notwendige Voraussetzung für sein Fortbestehen entfällt [3].

Zu diesen notwendigen Voraussetzungen gehört das Besitzmittlungsverhältnis und der sich daraus ergebende Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegen den Mittler, weil durch sie die Überordnung des mittelbaren Besitzers über den Mittler und die Macht des mittelbaren Besitzers über die Sache hergestellt wird.

Wir haben - oben S. 94 - festgestellt, daß der Verwalter, obwohl er nicht Inhaber des Herausgabeanspruchs ist, nur kraft seiner Sonderstellung als Inhaber eines Privatamtes und als Inhaber des Rechtes zum Besitz, das der Mittler von ihm ableitet, mittelbarer Besitzer ist. Das Amt des Verwalters ist höchstpersönlich und geht einschließlich seiner Befugnisse mit seinem Tode unter. Ebenso das Recht zum Besitz. Beides geht nicht auf die Erben über. Damit besteht zwischen dem Erben und dem Mittler kein besitzvermittelndes Rechtsverhältnis, der Erbe hat keinen Herausgabeanspruch gegen den Mittler, der Erbe hat kein Recht zum Be-

---

1) Rohde Abschn. XVIII, S. 5; Planck-Brodmann § 857, 3; Staudinger-Seufert § 857 IV 2c; Rosenberg, Sachenrecht, § 857 II 3.
2) Streitig, wie hier Siebert, Bd. 93, S. 18; Planck-Brodmann § 857, 3; Staudinger-Seufert § 857 II 3; RG in JW 1914, S. 87; Westermann § 15 I 6; a.M. Rosenberg, Sachenrecht § 857 II.
3) Vgl. Binder, S. 58.

sitz und auch nicht die Sonderstellung des Erblassers als Verwalter. Damit fehlt es zwischen dem Verwaltungserben und dem Mittler an den Grundvoraussetzungen des mittelbaren Besitzes. Der mittelbare Erbenbesitz geht in dem Augenblick des Anfalls nach den allgemeinen Regeln [1] über den Verlust des mittelbaren Besitzes unter.

Dieses Ergebnis befriedigt auch praktisch. Die Sache bleibt im Besitz des Mittlers, der Verwahrungsvertrag besteht weiter, die Sache wird also einerseits nicht besitzlos, andererseits bestehen die Verpflichtungen aus dem Verwahrungsvertrag weiter, so daß der Verwahrer für die Sache sorgt. Ein Bedürfnis, den Verwaltererben Besitz zuzugestehen, besteht im Gegensatz zum unmittelbaren Besitz nicht. Im Konkurs ist das Verwaltungsinteresse durch § 118 KO geschützt.

Bei den übrigen Verwaltungen hat der Vertretene, weil die Verwaltung andauert, kein Recht zum Besitz. Der Verwahrer kann sich seinem Herausgabeverlangen widersetzen (§ 986) [2].

Zusammenfassend ergibt sich, daß im Rahmen des § 857 der Verwaltungs- und Amtsbesitz zwar schwierige Probleme aufwirft, daß diese aber sämtlich mit den Mitteln des bestehenden Besitzrechts gelöst werden können, ohne daß auch hier Ausnahme- oder Sonderregelungen nötig wären.

---

1) Vgl. hierzu statt aller Staudinger-Seufert § 868 V 1.
2) Martin Wolff, Das Recht zum Besitz, S. 6, 7.

§ 9 Schluß

Fassen wir die Ergebnisse unserer Untersuchung zusammen.

Das BGB kennt keine Besitzarten nach der causa oder dem Zweck des Besitzes.
Das Begriffsystem mit dem Fremdbesitz als Oberbegriff für eine Reihe von Besitzarten wie Verwaltungsbesitz und Nutzbesitz, unterschieden nach den Zwecken des Fremdbesitzes, entstammt dem gemeinen Recht - abgeleiteter Besitz - [1]
Im BGB ist mit der Objektivierung des Besitzbegriffs eine solche kasuistische Ausnahmeregelung für schutzwürdige Detentoren überflüssig geworden.
Der Fremdbesitz beschränkt sich in seiner Bedeutung auf die Bezeichnung der Fälle, denen das für den Besitzbegriff bedeutungslose Tatbestandsmerkmal des animus domini i.D. von § 872 fehlt. Ähnliche Bedeutung wie dem Eigenbesitz kommt nur einigen Ausnahmefällen des Nutzbesitzes zu (§§ 1033, 955 II, 1065, 1227 in Verbindung mit 1006 I).

Der mittelbare Besitz des § 868 ist eine Neuschöpfung des BGB, die grundlegend anders konstruiert ist, als der abgeleitete Besitz des gemeinen Rechts. Der Besitzmittler des § 868 muß daher auch nicht notwendig Fremdbesitzer sein. Der Zweck des Besitzes und damit die Besitzarten des Verwaltungsbesitzes, Amtsbesitzes, Nutzbesitzes usw. sind für § 868 ohne Bedeutung.
Für den Fremdbesitz und seine Unterfälle gelten keine Ausnahmen von den allgemeinen Regeln des Besitzrechts.
Die oberflächtliche Gemeinsamkeit des Besitzzwecks ermöglicht es nicht, bei der Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse

---

1) Vgl. Ihering, **Der Besitzwille**, S. 6 ff, 54 ff; oben § 3 d. Abhdlg.

der Verwaltungs- und Amtsbesitzer gemeinsame Regeln für die im Einzelfall schwierige Subsumption unter die Tatbestände des mittelbaren und des Erbenbesitzes aufzustellen, zumal § 868 eine subtile Prüfung der Rechtsbeziehungen zwischen Besitzmittler und mittelbarem Besitzer verlangt. Die Beispiele haben aber gezeigt, daß hierbei mit der gesetzlichen Regelung auszukommen ist.

Nach alledem ergeben sich keine zwingenden Gründe, besondere Besitzbegriffe nach dem Zweck oder der causa des Fremdbesitzes zu verwenden.
Folgt man daher der hier vertretenen Meinung, daß die ratio des Besitzes in erster Linie in dem vorläufigen Schutz der äußeren Güterordnung liegt, wie sie sich durch die tatsächlichen Machtverhältnisse darstellt, so wird man aus den eingangs [1] dargestellten Gründen auf jede Differenzierung des Besitzes nach dem zugrundeliegenden Zweck verzichten.

Diese Auffassung wird zwar mit ihrer Anknüpfung an die Lebensverhältnisse in Einzelfällen der Kompliziertheit der modernen Rechtsverhältnisse nicht mehr völlig gerecht und führt dann dazu, daß die Besitzinteressen etwa des Zwangsvollstreckungsschuldners durch Ersatzkonstruktionen befriedigt werden müssen.
Geht man aber davon ab , als Voraussetzung des Besitzes - auch des mittelbaren - grundsätzlich - mit Ausnahme des Erbenbesitzes - ein tatsächliches - mittelbares oder unmittelbares - Machtverhältnis zu verlangen und beschränkt sich darauf, als Voraussetzung des Besitzes das berechtigte Besitzinteresse anzusehen [2], so macht man den Besitz

---

1) § 1
2) Vgl. oben § 7, III, 2).

als selbständiges Rechtsgut schlechthin überflüssig. Ist nämlich das Interesse maßgebend, so muß man - wie beim abgeleiteten Besitz des gemeinen Rechts - zunächst nach dem Zweck und der Rechtsgrundlage der Innehabung bestimmen, ob das Interesse schutzwürdig ist, und folgerichtig kasuistisch die unterschiedlichen Besitzarten nach der causa wieder einführen.
Im Ergebnis ist dann nicht mehr die Gewalt, sondern das Recht Voraussetzung des Besitzes. Die Besitzwirkungen sind mittelbare Rechtswirkungen, die ebensogut unmittelbar an die schutzwürdige causa geknüpft sein können und den Besitz als eigenes Rechtsinstitut überflüssig machen.

Diese Überlegungen mögen in Verbindung mit der geschwundenen rechtspolitischen Bedeutung des Besitzes durch den umfassenden Rechts-Schutz des modernen Kulturstaates de lege ferenda zu einer Änderung des Besitzrechts des BGB führen, de lege lata ist nur die körperliche oder vergeistigte tatsächliche Sachherrschaft Grundlage des Tatbestandes Besitz i.S. der §§ 854 und 868 BGB.

Lebenslauf

Am 8. Januar 1937 wurde ich in Augsburg als Sohn des kaufmännischen Angestellten Hans Bauer und seiner Ehefrau Franziska geboren.

In der Volksschule vor dem Roten Tor in Augsburg besuchte ich die beiden ersten Klassen. Anschließend war ich ein Jahr nach Willmatshofen/Schwaben evakuiert und trat dann nach der 4. Volksschulklasse im Jahre 1947 in das Augsburger Realgymnasium an der Blauen Kappe über. Dort legte ich im Jahre 1956 die Reifeprüfung ab.

Im Wintersemester 1956/57 immatrikulierte ich mich an der Universität München zum Studium der Rechte. Nach dem 4. Semester wechselte ich zum Wintersemester 1958/59 an die Universität Erlangen über. Dort legte ich nach dem 7. Semester zum Termin 1960/I die erste juristische Staatsprüfung mit der Note 3,06 (= gut) ab.

Am 1. September 1960 trat ich den Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar im Oberlandesgerichtsbezirk München an. Seither bin ich auch bei dem Augsburger Rechtsanwalt Dr. Lemor beschäftigt. Seit dem 21. Oktober 1960 bin ich mit Barbara Bauer, geb. Hübner verheiratet. Am 25. September 1961 wurde uns eine Tochter geboren.